

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Wydział Prawa i Administracji

Piotr Alexandrowicz

ROZPRAWA DOKTORSKA

*Kanonistyczne uzasadnienie swobody umów
w zachodniej tradycji prawnej*

Praca doktorska napisana
pod kierunkiem naukowym
Prof. dra hab. Wojciecha Dajczaka
w Katedrze Prawa Rzymskiego
i Historii Prawa Sądowego

Poznań 2019

SPIS TREŚCI

WYKAZ SKRÓTÓW	6
WSTĘP	8
ROZDZIAŁ 1. ARGUMENTACJA ŚREDNIOWIECZNYCH KANONISTÓW NA RZECZ ZASKARŻALNOŚCI WSZYSTKICH UMÓW	15
1.1. Wprowadzenie.....	15
1.1.1. Punkt wyjścia	15
1.1.2. Uwagi metodologiczne i formalne	17
1.2. Argument formalny z autorytetu źródeł prawa	19
1.2.1. Uwagi wprowadzające	19
1.2.2. Pismo Święte	21
1.2.3. Ustawodawstwo synodalne	26
1.2.4. Ojcowie Kościoła i listy papieskie	32
1.2.5. Prawo cywilne	34
1.2.6. <i>Communis opinio canonistarum</i>	36
1.2.7. Wnioski	39
1.3. Argument teologiczny	40
1.3.1. Uwagi wprowadzające	40
1.3.2. <i>Mortaliter peccat</i>	41
1.3.2.1. Odkrycie argumentu poprzez syntezę źródeł – Huguccio (ok. 1188 r.)	41
1.3.2.2. Pierwsze sto lat rozwoju argumentu (ok. 1188-1300 r.)	46
1.3.2.3. Utrwalenie i petryfikacja argumentu (ok. 1300-1500 r.)	54
1.3.3. <i>Detrimentum salutis aeternae</i>	63
1.3.4. Wnioski	66
1.4. Argument praktyczno-społeczny	67
1.4.1. Uwagi wprowadzające	67
1.4.2. <i>Pax servetur, pacta custodiantur</i>	68
1.4.3. <i>Pacta debent obtinere suam firmitatem</i>	78
1.4.4. Wnioski	81
1.5. Inne argumenty	82
1.6. Podsumowanie	84
ROZDZIAŁ 2. KANONISTYCZNA IDEA ZWIĄZANIA DANYM SŁOWEM W OKRESIE NOWOŻYTNYM (XVI-XVII-XVIII W.)	87
2.1. Wprowadzenie	87
2.2. Kanonistyka – ciągłość doktryny	89
2.2.1. Uwagi wprowadzające	89
2.2.2. Wybrani kanoniści	90
2.2.2.1. Marco Mantova Benavides	90
2.2.2.2. Henricus Canisius	92

2.2.2.3. Emanuel González Téllez	95
2.2.2.4. Prospero Fagnani	98
2.2.2.5. Agostinho Barbosa	100
2.2.2.6. Ehrenreich Pirhing	102
2.2.2.7. Anacletus Reiffenstuel.....	105
2.2.3. Wnioski	107
2.3. Druga scholastyka – recepcja.....	108
2.3.1. Uwagi wprowadzające	108
2.3.2. Wybrani autorzy drugiej scholastyki.....	110
2.3.2.1. Fortún García de Ercilla y Arteaga	110
2.3.2.2. Diego de Covarrubias y Leyva	111
2.3.2.3. Martín de Azpilcueta	112
2.3.2.4. Luis de Molina.....	113
2.3.2.5. Leonardus Lessius	114
2.3.2.6. Paul Laymann	115
2.3.2.7. Pedro de Oñate	116
2.3.3. Wnioski	118
2.4. Humanizm prawniczy – zaskarżalność umów zgodnie z prawem rzymskim	119
2.4.1. Uwagi wprowadzające	119
2.4.2. Wybrani autorzy humanizmu prawniczego	121
2.4.2.1. François Connan	121
2.4.2.2. Jacques Cujas.....	122
2.4.2.3. Hugues Doneau.....	124
2.4.2.4. Antoine Favre	125
2.4.3. Wnioski	127
2.5. Holenderska jurysprudencja elegancka – prawo kanoniczne jako przykład o malejącym znaczeniu.....	128
2.5.1. Uwagi wprowadzające	128
2.5.2. Wybrani autorzy holenderskiej jurysprudencji eleganckiej.....	129
2.5.2.1. Matthaeus Wesenbeck	129
2.5.2.2. Arnold Vinnius	131
2.5.2.3. Ulrik Huber.....	133
2.5.2.4. Johannes Voet.....	135
2.5.3. Wnioski	136
2.6. Szkoła prawa natury – ukryta recepcja albo ponowne odkrycie	138
2.6.1. Uwagi wprowadzające	138
2.6.2. Prekursorzy.....	138
2.6.3. Hugo Grocjusz.....	141
2.6.4. Niemieccy teoretycy szkoły prawa natury.....	146
2.6.4.1. Samuel Pufendorf	146
2.6.4.2. Christian Thomasius	148
2.6.4.3. Christian Wolff.....	151
2.6.4.4. Daniel Nettelbladt.....	155
2.6.5. Francuscy teoretycy szkoły prawa natury	158
2.6.5.1. Jean Domat	158
2.6.5.2. Robert-Joseph Pothier.....	160
2.6.6. Wnioski	162
2.7. Usus modernus – recepcja i zapomnienie	163

2.7.1. Uwagi wprowadzające	163
2.7.2. Literatura porównawcza <i>ius civile</i> i <i>ius canonicum</i>	164
2.7.2.1. Ogólna charakterystyka literatury porównawczej	164
2.7.2.2. Konrad Rittershausen	165
2.7.2.3. Jacobus Maestertius	168
2.7.2.4. Inni autorzy.....	171
2.7.3. Wybrani autorzy <i>usus modernus</i>	174
2.7.3.1. Georg Adam Struve	174
2.7.3.2. Samuel Stryk	176
2.7.3.3. Justus Henning Böhmer.....	179
2.7.3.4. Johann Gottlieb Heineccius	180
2.7.3.5. Ludwik Julius Friedrich Höpfner.....	183
2.7.3.6. Christian Friedrich von Glück	184
2.7.4. Wnioski	187
2.8. Podsumowanie.....	189

ROZDZIAŁ 3. AKTUALNOŚĆ ŚREDNIOWIECZNEJ ARGUMENTACJI KANONISTÓW A WSPÓŁCZESNE TEORIE UMÓW..... 193

3.1. Wprowadzenie..... 193

3.2. *Ratio* wiążącej mocy umów a anglosaskie teorie kontraktu 195

3.2.1. Uwagi wprowadzające	195
3.2.2. Rola argumentacji historycznej w teoriach kontraktu	196
3.2.2.1. Teoria kontraktu a historia kontraktu.....	196
3.2.2.2. Wpływ kanonistyki na anglosaskie prawo kontraktowe	197
3.2.2.3. Historia prawa umów a teorie kontraktu.....	199
3.2.3. Zarys problematyki ogólnej teorii umów w <i>common law</i>	202
3.2.4. Systematyka teorii kontraktu	205
3.2.4.1. Problematyka systematyzacji teorii kontraktu	205
3.2.4.2. Pytanie analityczne – co charakteryzuje zobowiązanie kontraktowe?.....	208
3.2.4.3. Pytanie normatywne – dlaczego zobowiązanie kontraktowe jest prawnie skuteczne?... 209	
3.2.5. Współczesne problemy teorii kontraktu	211
3.2.6. Wnioski	220

3.3. *Ratio* wiążącej mocy umowy: argumentacja kanonistów a dyskusja prawników *common law*

.....	222
3.3.1. Uwagi wprowadzające	222
3.3.2. Teorie kontraktu a argumentacja kanonistyczna: podobieństwa <i>in concreto</i>	222
3.3.3. Teorie kontraktu a argumentacja kanonistyczna: podobieństwa <i>in genere</i>	226
3.3.4. Wnioski	227

3.4. *Ratio* wiążącej mocy umowy a doktrynalna zasada swobody umów w tradycji *civil law* 228

3.4.1. Uwagi wprowadzające	228
3.4.2. Ogólne teorie umów leżące u podstaw kodyfikacji	229
3.4.2.1. Ogólna teoria umów a kodyfikacja	229
3.4.2.2. Ujęcie doktrynalnej zasady swobody umów w <i>Code civil</i>	232
3.4.2.3. Ujęcie doktrynalnej zasady swobody umów w <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	234
3.4.2.4. Ujęcie doktrynalnej zasady swobody umów w polskich kodyfikacjach prawa zobowiązań	239
3.4.3. Znaczenie poszukiwania <i>ratio</i> umów	246
3.4.4. Argumenty kanonistyki a <i>ratio</i> umów w tradycji <i>civil law</i>	251

3.4.4.1. Uniwersalny charakter argumentacji kanonistycznej	251
3.4.4.2. Argumentacja teologiczna – argumentacja moralna	252
3.4.4.3. Argumentacja społeczna	254
3.4.4.4. Argument z autorytetu	256
3.4.5. Wnioski	257
3.5. Podsumowanie	258
ZAKOŃCZENIE	261
ŹRÓDŁA	266
LITERATURA	271

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	<i>articulus</i> /artykuł
BBG	Bio-Bibliographical Guide to Medieval and Early Modern Jurists, źródło elektroniczne: http://amesfoundation.law.harvard.edu/BioBibCanonists/general_search.php (dostęp 29.05.2019)
Ben.	Seneca, De beneficiis libri VII, red. C. Hosius, w: L. Annaei Senecae opera quae supersunt, vol. 1, fasc. 2, Lipsiae 1900
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch z dnia 18 sierpnia 1896 (Reichs-Gesetzblatt 1896, nr 21 ze zm.)
c.	<i>canon</i>
C.1, q.1, c.1	Gratianus, Decretum, <i>causa</i> 1, <i>quaestio</i> 1, <i>canon</i> 1, w: Corpus Iuris Canonici, t. 1: Decretum Magistri Gratini, red. E. Friedberg, Leipzig 1879
cap.	<i>capitulum</i>
CC	Code civil des Français, Paris 1804 (ze zm.)
Cod.	Codex Iustinianus, red. P. Krueger, w: Corpus Iuris Civilis, t. 2, Berolini 1892
col.	<i>columna</i>
D.1, c.1	Gratianus, Decretum, <i>distinctio</i> 1, <i>canon</i> 1, w: Corpus Iuris Canonici, t. 1: Decretum Magistri Gratini, red. E. Friedberg, Leipzig 1879
d.p.	<i>dictum post</i>
DBI	Dizionario Biografico degli Italiani, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, źródło elektroniczne: http://www.treccani.it/enciclopedia (dostęp 6.06.2019)
DDC	Dictionnaire de droit canonique, t. 1-7, red. R. Naz, Paris, 1935-1965
Dig.	Digesta Iustiniani, red. T. Mommsen, w: Corpus Iuris Civilis, t. 1, Berolini 1872
disp.	<i>disputatio</i>
DTC	Dictionnaire de Théologie catholique, t. 1-15, red. A. Vacant, E. Mangenot, É. Amann, Paris, 1899-1950
et al.	<i>et alii</i>
Etym.	Isidorus, Etymologiarum sive originum libri XX, red. W.M. Lindsay, Oxoni 1911
fasc.	<i>fasciculus</i>
fol.	<i>folium</i>
FTWLC	The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing, red. S. Dauchy, G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki, A. Wijffels, Cham 2016
gl.	<i>glossa</i>
HMCL	The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: From Gratian o the Decretals of Pope Gregory IX, red. W. Hartmann, K. Pennigton, Washington 2008
JU	Juristas Universales, t. 1-4, red. R. Domingo, Madrid-Barcelona 2004
KC	Ustawa z 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 roku, nr 16, poz. 93 ze zm.)
KPK	Kodeks Prawa Kanonicznego. Przekład polski zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu, Poznań 1984
KZ	Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 27 października 1933 roku – Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933 roku, nr 82, poz. 598)

lib.	<i>liber</i>
num.	<i>numerus/numer</i>
Off.	Cicero, De officiis, red. C. Atzert, w: M. Tulli Ciceronis scripta quae manserunt omnia, fasc. 48, Leipzig 1971
P.A.	Piotr Alexandrowicz (dopisek autora)
part.	<i>particula</i>
PFCL	Philosophical Foundations of Contract Law, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, Oxford 2016
pkt	punkt
PL	Patrologiae Cursus Completus. Series Latina, t. 1-221, red. J.P. Migne, Lutetiae Parisiorum 1844-1855
POPC	Ustawa z dnia 18 lipca 1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. z 1950 roku, nr 34, poz. 311)
pr.	<i>principium</i>
przyp.	przypis
q.	<i>quaestio</i>
r	<i>retro</i>
red.	redakcja/edycja
Rep.	Cicero, De re publica, red. K. Ziegler, w: M. Tulli Ciceronis scripta quae manserunt omnia, fasc. 39, Lipsiae 1964
s.f.	<i>sine foliatione</i>
s.l.	<i>sine loco</i>
sv.	<i>sub voce</i>
t.	<i>tomus/tom</i>
tit.	<i>titulus</i>
tłum.	tłumaczenie
tract.	<i>tractatus</i>
v	<i>verso</i>
VI	Bonifacius VIII, Liber sextus, w: Corpus Iuris Canonici, t. 2: Decretalium collectiones, red. E. Friedberg, Leipzig 1879)
vol.	<i>volumen</i>
w.	wiek
X	Gregorius IX, Decretales, w: Corpus Iuris Canonici, t. 2: Decretalium collectiones, red. E. Friedberg, Leipzig 1879
zob.	zobacz
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung
ZRG KA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung

Cytaty z Pisma Świętego i sigła ksiąg biblijnych podano za: Biblia Tysiąclecia Online, Poznań 2003, źródło elektroniczne: <http://biblia.deon.pl/> (dostęp 11.06.2019)

WSTĘP

Pacta sunt servanda – umów należy dotrzymywać. Niewiele prawniczych powiedzeń zrobiło taką karierę jak te trzy słowa: zna je prawie każdy, używa się ich w bardzo różnych sytuacjach, nie tylko związanych z kontekstem prawniczym¹. Niekiedy można odnieść wrażenie, że wskazanie na to powiedzenie jest traktowane jako definitywne i kończące dyskusję. Co sprawia, że jest ono tak popularne? Dlaczego zasadność takiego postawienia sprawy wydaje się być powszechnie uznawana? Te pytania stanowią pierwszą wątpliwość stojącą u podstaw badań, które doprowadziły do powstania tej rozprawy².

Druga wątpliwość natomiast wiąże się ze skutkiem uznania wiążącego charakteru umów za oczywisty. W rodzimej doktrynie prawa cywilnego zasadniczo nie stawia się pytania o to, dlaczego umów należy dotrzymywać³. *Ratio* wiążącej mocy umów lokuje się poza zainteresowaniem dogmatyki prawa cywilnego: skoro kodeks gwarantuje istnienie swobody umów, to pytanie o jej uzasadnienie jawi się jako pozbawione większego znaczenia. Z jednej strony jest więc powszechnie podzielane przekonanie o obowiązku przestrzegania umów i oczekiwanie lojalności umownej potwierdzone eksperymentami psychologicznymi, z drugiej natomiast widoczny jest pewien brak pogłębionej refleksji prawniczej co do podstaw tego obowiązku. Obie wątpliwości można rozjaśnić sięgając do ujęcia komparatystycznego w perspektywie wertykalnej (do historii prawa) lub horyzontalnej (do innych porządków prawnych). Zdanie *pacta sunt servanda* było owocem doktryny średniowiecznej nauki prawa kanonicznego, czyli kanonistyki, której przysługuje palma pierwszeństwa w zakresie sformułowania ogólnej zasady uznającej wiążącą moc wszystkich umów. Wypadało więc obrócić ją za punkt wyjścia. Zgodnie ze słowami Alfreda Ohanowicza, że nie można „niedoceniać wysiłku kilkunastu wieków, w ciągu których zasada wolności umów się

¹ Symbolicznym wyrazem znaczenia tej paremii jest np. umieszczenie jej na jednej z kolumn Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej; zob. Kacprzak/Krzynówek/Wołodkiewicz (2001) 20. Zob. też Stelmach (2003) 87, gdzie autor wskazał ją jako pierwszą z topik prawniczych, wyjaśniając: „Zasada ta odnosi się do wszelkich umów, może więc znaleźć zastosowanie również w innych niż prawniczy rodzajach dyskursu”.

² Na marginesie można zauważyć, że rozumienie tej maksymy nie jest dzisiaj jednoznaczne: można ją interpretować jako podstawę swobody umów, można ją widzieć w perspektywie zestawienia z klauzulą *rebus sic stantibus* i łączyć (przykładowo) raczej z art. 354 KC niż z art. 353¹ KC – zob. np. Prutis (2018) 122-131.

³ Zob. np. opracowania monograficzne Machnikowski (2005); Trzaskowski (2005); Niedościał (2012); Podkowiak (2015). Szerzej na ten temat – zob. niżej, 3.4.2.4.

Wskazana maksyma łacińska wyraża zasadę prawa prywatnego i prawa międzynarodowego, przy czym pracę poświęcono tylko temu pierwszemu aspektowi. *Pacta sunt servanda* w prawie międzynarodowym stanowi odrębne zagadnienie i nie będzie w ogóle przedmiotem badań w tej pracy (zob. np. Wehberg (1959); Popescu (2009)), choć i w tym obszarze swój wpływ wywarła kanonistyka – zob. Lesaffer (2000).

formowała, oraz głębi źródeł moralnych, z jakich wypłynęła”⁴, warto było sięgnąć w historię swobody umów głębiej niż do początków kodyfikacji.

Wspomniane przekonanie o powinności dotrzymywania słowa jest w ogóle zagadnieniem, które daje się badać z różnych perspektyw. Można uzasadniać tę powinność sięgając do psychologii behawioralnej⁵, do różnych nurtów filozoficznych, do prawa naturalnego, itd. Można uznać ją za pewną „stałą antropologiczną”, która jest realizowana w różnych kulturach i w różnych okresach odmiennie, ale pozostaje czymś typowym dla człowieka⁶. Trudno natomiast zredukować tę powinność do porządku prawnego, do rozkazu wynikającego z przyznanego prawa podmiotowego, do czego skłaniać może kodeksowa deklaracja swobody umów, a przez to i wiążącej mocy zawieranych porozumień⁷. Nie jest przedmiotem badań w tej pracy kompleksowe uzasadnienie tej powinności, a jedynie prezentacja jednego ze sposobów jej uzasadniania. Był to sposób istotny z tego względu, że doprowadził do faktycznego uznania swobody umów po raz pierwszy w ramach europejskiej tradycji prawnej oraz wydaje się, że niesie on pewne przesłanie uniwersalne.

W związku z tym za ogólny cel tej pracy przyjęto rozwiązanie problemu badawczego, który można także ująć w formie trzech powiązanych ze sobą pytań: jakie argumenty na rzecz swobody umów wypracowała nauka prawa kanonicznego? Jaką rolę odegrała kanonistyka dla swobody umów w prawie prywatnym w średniowieczu i w okresie nowożytnym? Jakie może być jej znaczenie współcześnie albo innymi słowy: czy argumentacja kanonistów jest aktualna lub użyteczna? Do tych trzech podstawowych pytań można dodać także pytanie o to, czy w dorobku kanonistyki jest zawarty jakiś uniwersalny przekaz dla prawoznawstwa. Wydaje się, że przekaz ten mógłby zostać odczytany na dwóch poziomach czy też forach: rozważania kanonistów mogą mieć bezpośrednie znaczenie dla tych, którzy i dziś uznają autorytet Kościoła, zaś dla pozostałych argumentacja oparta na teologii może zostać owocnie przedstawiona jako bardziej ogólna, oparta w istocie na etyce i doświadczeniu historycznym. Dzięki takim pytaniom można także podjąć próbę zawężenia badań dotyczących swobody umów, która ze swej natury jest zagadnieniem szerokim, w związku z czym omawianie „zasady swobody umów, i to w jej ogólnych aspektach, jest swoistym aktem odwagi”⁸.

⁴ Ohanowicz (1926) CXLVIII-CLXIX (pisownia oryginalna). Zob. także Kaczorowska (2009) 245-246.

⁵ Eisenberg (2014); zob. także Gächtner (2014); Stout (2014) 206-207.

⁶ Zob. np. Spies (1928) ix; Wehberg (1959); Scigliano (2007) 123.

⁷ Zob. Stelmachowski (1984) 110 w kontekście definicji swobody umów: „Nie działamy przy tym w pustce historycznej. Mamy do czynienia z układem stosunków, który kształtował się dynamicznie od setek lat (...). Nie można więc powiedzieć, że to państwo stworzyło system umów. Państwo raczej usankcjonowało pewien określony stan rzeczy. Co więcej, ów stan rzeczy nie ma charakteru statycznego”.

⁸ Sośniak (1985) 7.

Obszar badawczy wynikający z tak postawionych pytań to historia uzasadniania swobody umów w zachodniej tradycji prawnej od późnego średniowiecza do współczesności w zakresie oddziaływania myśli kanonistycznej. W średniowieczu przedmiot analizy będzie stanowiła nauka prawa kanonicznego, w okresie nowożytnym (XVI-XVII-XVIII w.) będą to późniejsza kanonistyka oraz wybrane wiodące nurty prawoznawstwa, zaś współcześnie akcent zostanie położony na anglosaskiej teorii umów. Kanoniści poszukiwali uzasadnienia swobody umów wobec formalizmu rzymskiego nominalizmu kontraktowego i znaleźli je poza prawem – w teologii. W okresie nowożytnym prawnicy zaczęli opracowywać podstawy ogólnej teorii umów, zrywającej z nominalizmem na rzecz uznania powszechnej zaskarżalności umów. *Ratio* wiążącej mocy umów, o ile zostaje rozpoznana i uznana w porządku prawnym, umożliwia skonstruowanie ogólnej teorii umów, jeżeli natomiast takiej *ratio* brakuje, to skuteczność zawieranych umów wynika z wagi przypisanej ich formie. Ogólna teoria umów jest zatem produktem przekonania, że zachodzi powinność dotrzymania słowa. Nie stawia się w niej jednak często pytania, dlaczego taka powinność zachodzi. Rodzi się więc kwestia tego, jak interpretować ogólną teorię umów, gdzie sięgać, by znaleźć dla niej oparcie i jakie można znaleźć argumenty dotyczące rozumienia wytyczanych przez tę teorię granic swobody kontraktowania. Sformułowanie ogólnej teorii umów w XVIII-XIX w. doprowadziło do tego, że pytanie o *ratio* wiążącej mocy umów straciło na znaczeniu w doktrynie prawa skodyfikowanego, ale pozostaje aktualne w dyskusji prawniczej prawa precedensowego, w doktrynie anglosaskiej, gdzie ogólna teoria kontraktu nie została ostatecznie przyjęta. Z tego względu to właśnie na niej został położony akcent w zakresie badań nad współczesną teorią umów.

Kluczowe znaczenie ma zatem obecność ogólnej teorii prawa w danym porządku prawnym: tam, gdzie taka teoria funkcjonuje, pytanie o *ratio* wiążącej mocy umów zaczyna tracić na znaczeniu. Celem przeprowadzonych badań było więc uzasadnienie przekonania, że prawo prywatne współcześnie może wykraczać poza wyjaśnienia dogmatyczne: może ono – i zapewne powinno – szukać odpowiedzi na pytania dotyczące legitymizacji podstawowych instytucji prawnych także poza samym prawem. Tych odpowiedzi można szukać m.in. w doświadczeniu historycznym (tutaj: w średniowiecznej kanonistyce) lub w obcym doświadczeniu współczesnym. Za drugi ze wskazanych obszarów przyjęto w tej rozprawie anglosaską teorię kontraktu, która jest wyrazem żywej dyskusji na temat *ratio* wiążącej mocy umów i w tym zakresie może także być inspiracją do poszukiwań w ramach doktryny prawa skodyfikowanego.

Postawiona na wstępie hipoteza badawcza brzmi zatem następująco: kanonistyczne uzasadnienie swobody umów było pierwszym takim uzasadnieniem w zachodniej tradycji prawnej. Opierało się ono na argumentacji teologicznej i społecznej, a wynikało ze specyfiki źródeł dostępnych dla kanonistów. Uzasadnienie to miało wpływ na doktrynę prawa prywatnego w okresie nowożytnym (wpływ ten miał funkcjonalnie duże znaczenie, ale jego doktrynalne oddziaływanie było relatywnie niewielkie), a także dzisiaj może być ono użyteczne dla budowania argumentacji uzasadniającej *ratio* wiążącej mocy umów, ponieważ ma cechy uniwersalności, która może być inspirująca dla refleksji prawniczej. Rzeczona uniwersalność inaczej może oddziaływać na forum, które uznaje autorytet średniowiecznej nauki prawa kanonicznego, inaczej zaś na forum, które tego autorytetu nie uznaje.

Problem relacji między *ratio* wiążącej mocy umów a ogólną teorią umów w perspektywie historycznej budzi zainteresowanie w nauce⁹, ale wydaje się, że nie powstała do tej pory monografia poświęcona tak postawionym pytaniom i z takim doбором źródeł jak prezentowana rozprawa. Podobnie wydaje się, że próba powiązania kanonistyki z doktryną *common law* nie była do tej pory podejmowana w szerszym zakresie¹⁰. Stan badań i literatura w przypadku poszczególnych zagadnień (średniowieczna kanonistyka, recepcja jej idei i współczesna teoria umów) znacząco się różnią, w związku z czym bardziej szczegółowe przedstawienie tego aspektu badań zostało pozostawione do uwag otwierających kolejne rozdziały.

Wobec tak sformułowanego problemu badawczego i postawionej hipotezy można dodać, że dogmatyczne analizy treści i granic swobody umów czy próby definiowania swobody umów leżą poza zakresem niniejszej rozprawy. Podobnie przedmiotem badań nie jest aspekt praktyczny funkcjonowania swobody umów, tj. orzecznictwo. Praca została poświęcona historii jurysprudencji rozumianej jako historia nauki prawa prywatnego, a do tego tylko jej wąskiemu wycinkowi w szerokiej perspektywie czasowej, zaś jedynie w mniejszym stopniu zostanie poddana analizie historia regulacji prawnej. Nacisk położono na historię argumentacji prawniczej, nie na dogmatykę. Warto także od razu podkreślić, że w okresie objętym przez rozprawę, tj. od późnego średniowiecza do czasu nowoczesnych kodyfikacji cywilnych, status opinii uczonych prawników był odmienny od współczesnego – miały one charakter zbliżony do źródła prawa, podobny do *ratio decidendi* w prawie precedensowym.

⁹ Zob. np. Nanz (1985); Gordley (1991); Połdnikov (2016a).

¹⁰ Prace porównujące historyczne elementy *common law* i *ius canonicum* to np. Barbour (1914); Helmholz (1975); Helmholz (1990); Coing (1995); Helmholz (2016).

Rozprawa składa się ze wstępu, trzech rozdziałów, zakończenia oraz wykazu źródeł i literatury. W pierwszym rozdziale zostanie przedstawiona argumentacja średniowiecznych kanonistów na rzecz zaskarżalności wszystkich umów. Drugi rozdział będzie stanowił opis losów kanonistycznej idei związania danym słowem w okresie nowożytnym w ramach różnych nurtów prawoznawstwa, czemu towarzyszyć będzie w węższym zakresie prezentacja powstawania nowych uzasadnień dla swobody umów. Trzeci rozdział przedstawi znaczenie średniowiecznej argumentacji kanonistycznej w kontekście współczesnej teorii umów. W dwóch pierwszych rozdziałach zastosowanie znajdzie metoda historyczna, zaś w rozdziale trzecim zostanie przeprowadzona synteza dorobku doktryny oraz konfrontacja wyników badań historycznych ze stanem dyskusji filozoficznoprawnej, należy więc podkreślić istotną różnicę metodologiczną między pierwszymi dwoma rozdziałami a rozdziałem ostatnim – będzie się ona przejawiać na różnych poziomach: od struktury pracy po kształt formułowanych wniosków. Marginalnie zastosowane zostaną metody dogmatyczna i porównawcza.

W ten sposób najpierw zostanie zaprezentowana geneza i systematyka argumentacji średniowiecznych kanonistów oraz jej oddziaływanie w okresie nowożytnym, a następnie jej znaczenie w kontekście współczesnej teorii umów. Tytułowe „uzasadnienie swobody umów” jest określeniem niedoskonałym, bowiem kanoniści nie traktowali przedmiotu swoich dociekań jako „swobody umów”, ale mieści się w nim badanie *ratio* wiążącej mocy umów od średniowiecza po współczesność. Uzasadnienie jest „kanonistyczne”, gdyż zostało opracowane w ramach nauki prawa kanonicznego, a nie wynikało wprost z prawa kanonicznego (wtedy bardziej adekwatne byłoby określenie „kanoniczne”, względnie – „prawnokanoniczne”), jakkolwiek to rozróżnienie jest anachroniczne. Sformułowanie „zachodnia tradycja prawna” także może być niejednoznaczne, ale w tym przypadku zostało zastosowane by objąć nie tylko dorobek kontynentalny (europejski – tradycja *civil law*), ale i anglosaską teorię kontraktu (tradycja *common law*)¹¹. Termin ten ma więc charakter kryterium porządkującego dyskusję naukową: poza obszarem tej pracy znalazły się kwestie związane z tradycją prawa na „wschodzie”, gdzie prawo rzymskie od upadku cesarstwa po współczesność rozwijało się i oddziaływało odmiennie¹².

¹¹ Znaczenie i zakres „zachodniej tradycji prawnej” dla potrzeb tej pracy można przyjąć za Haroldem Bermanem – zob. Berman (1983). Zob. też Berman (1986), gdzie autor płynnie przeszedł od omówienia doktryny kanonistycznej do anglosaskiego prawa kontraktowego.

¹² Należy w kontekście tematu pracy wskazać, że w średniowieczu także na wschodzie kwestia zaskarżalności umów gołych podlegała przemianom w stosunku do prawa antycznego, czego świadectwem były

Dla uporządkowania prowadzonej refleksji każdy rozdział otwierać będzie *Wprowadzenie* a wieńczyć *Podsumowanie*, zaś każdy podrozdział rozpoczynać *Uwagi wprowadzające*, a zamknąć *Wnioski*, dzięki czemu na odpowiednich poziomach redakcyjnych formułowane będą wynikające z przeprowadzonej analizy konkluzje. Z uwagi na szeroki zakres czasowy i potencjalnie szeroki zakres źródeł wymagających zbadania praca opiera się na źródłach wybranych w myśl zasady *pars pro toto*. Omówione zostaną najbardziej reprezentatywne dzieła, a na podstawie ich analizy zostaną sformułowane wnioski natury ogólnej. Kryteria doboru źródeł stanowiących podstawę prowadzonych analiz będą przedstawione we wprowadzeniach do rozdziałów, co można uzasadnić tym, że źródła istotne dla każdego rozdziału mają inną specyfikę. Podobnie we wprowadzeniach przedstawiona zostanie problematyka *status quaestionis*, tak jak zostało to zasygnalizowane wyżej.

*

Teksty źródłowe w tej pracy podaje się *in extenso* w przypisach w językach oryginalnych, natomiast w tekście głównym pracy omówienie ich będzie miało formę parafrazy z podaniem w oryginale tylko niezbędnych sformułowań. W cytowaniu źródeł łacina zostanie ujednolicona poza przypadkami, w których wykorzystane będą edycje nowsze (od XIX w.). Odesłania do źródeł średniowiecznych (autor urodził się przed 1500 r.) oparte zostaną na pełnym określeniu autora (co do zasady w języku łacińskim) i dacie wydania dzieła¹³. W przypadku źródeł późniejszych i literatury odnośnik stanowi samo nazwisko autora w języku ojczystym i data powstania dzieła¹⁴. Wykaz źródeł przedstawiony zostanie na końcu pracy i obejmuje autorów, którzy pisali przed rokiem 1800¹⁵, pozostałe prace zostaną zebrane w wykazie literatury. Informacje biograficzne w tekście pracy ograniczone będą do niezbędnego minimum: co do zasady przy pierwszym przywołaniu autora w kontekście omówienia jego dzieła podane zostaną daty życia, zaś w przypisie pojawi się odesłanie do

np. Nowela 72 Leona VI czy traktat *Meditatio de nudis pactis*; zob. np. Wolska-Conus (1979) 37-53; Kazazakis (2014).

¹³ W przypadku rękopisów będzie to ustalona w nauce data powstania dzieła, nie rękopisu.

¹⁴ W ramach przyjętej konwencji zrezygnowano z podawania każdorazowo skrótu oznaczającego stronę – jeżeli w odesłaniu pojawia się liczba bez wyjaśnienia (np. bez skrótu „col.” czy „fol.”), jest to odesłanie do strony; jeżeli liczbę tę poprzedza inna liczba oddzielona kropką, to pierwsza wskazuje na tom, druga na stronę (tytułem przykładu: „2.45” to tom 2, strona 45).

¹⁵ Obejmuje więc także edycje tekstów starożytnych.

podstawowej literatury, zwłaszcza do opracowań zbiorowych, gdzie można znaleźć wyczerpujące informacje o dalszej bibliografii¹⁶.

*

Niniejsza rozprawa jest rezultatem badań prowadzonych w latach 2014-2019 na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu w Katedrze Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego, pod kierunkiem prof. dra hab. Wojciecha Dajczaka, w ramach studiów magisterskich (2014-2015) oraz doktoranckich (2015-2019). Badania te były połączone z realizacją projektu badawczego pod nazwą *Diamantowy Grant* finansowanego przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (Nr DI2013 011143). Środki finansowe z tego projektu umożliwiły zbieranie materiałów do badań podczas kwerend zagranicznych w Rzymie (w szczególności *La Sapienza Università di Roma, Dipartimento di Scienze Giuridiche*, biblioteki sekcji *Diritto Romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo* i sekcji *Storia del diritto italiano* oraz *Biblioteca della Pontificia Università Gregoriana*), we Frankfurcie nad Menem (*Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*) i Edynburgu (*University of Edinburgh, Edinburgh Law School, The Centre for Legal History*). Pomocna była także kwerenda w Leuven (*KU Leuven, Faculty of Law, Research Unit of Roman Law and Legal History*) oraz kwerendy krajowe.

¹⁶ Warto zwrócić szczególną uwagę na odesłania oznaczone skrótem BBG (Bio-Bibliographical Guide to Medieval and Early Modern Jurists – zob. *Wykaz skrótów*): w internetowej bazie biogramów dawnych prawników można znaleźć szeroki opis ich prac oraz obszerne wykazy literatury.

ROZDZIAŁ 1. ARGUMENTACJA ŚREDNIOWIECZNYCH KANONISTÓW NA RZECZ ZASKARŻALNOŚCI WSZYSTKICH UMÓW

1.1. WPROWADZENIE

1.1.1. Punkt wyjścia

Kanoniści podjęli refleksję nad prawem umów, a w szczególności nad kwestią zaskarżalności umów gołych, w określonym kontekście historii prawa kontraktowego. Specyfikę tego momentu w europejskiej tradycji prawnej określają przede wszystkim trzy okoliczności.

Pierwsza z nich to powrót do rzymskiej refleksji na ten temat, który wiązał się z narodzinami szkoły bolońskiej i odrodzeniem prawa rzymskiego w średniowiecznej Europie. Legiści zanim zaczęli opracowywać i systematyzować kwestie związane z prawem kontraktowym poznali rzymskie teksty źródłowe i uznali ich wartość. Rzymianie zaś w ramach prawa umownego opracowali model odmienny od dominującej współcześnie swobody umów, tj. tzw. nominalizm kontraktowy, w ramach którego tylko określone przez prawo umowy, w szczególności zaś kontrakty, cieszyły się ochroną ze strony państwa¹⁷. Ów nominalizm na przestrzeni rozwoju rzymskiego prawa prywatnego ewoluował, ale formalnie pozostał specyficznym wyznacznikiem rzymskiego pojmowania prawa umów¹⁸. Przykłady ewolucji czy też rozluźniania formalnych rygorów tego systemu można mnożyć. Zaliczają się do nich np. uznanie zaskarżalności umów wzajemnych po spełnieniu świadczenia przez jedną ze stron, ogłoszenie ochrony dla wybranych umów przez pretora czy też ewolucja kontraktu stypulacji, która polegała na jego daleko idącym uelastycznieniu¹⁹. Mimo tego prawo rzymskie w formie utrwalonej przez justyniańską kompilację nie odeszło od tego modelu. Sformułowanie zasady *pacta sunt servanda* nie pasowałoby zatem zarówno do rzymskiego postrzegania umów, jak i do rzymskiego rozumienia relacji między prawem a moralnością²⁰.

¹⁷ Z obszernej literatury na temat rzymskiego prawa kontraktowego zob. np.: Diósdí (1981) 26-147; Zimmermann (1996); Zhang (2007); Golecki (2008); Poldnikov (2016a) 26-62. Choć niektórzy autorzy uznawali, że i w przypadku prawa rzymskiego można było mówić o swobodzie umów, zob. np. Scherrer (1948) 9-11.

¹⁸ Scigliano (2007) 125, przyp. 9; Wojciechowski (2008) 136; Korporowicz (2015) 114-115.

¹⁹ Roberti (1935) 117-122; Riccobono (1957); Dajczak w Dajczak/Giaro/Longchamps de Brier (2018) 466-468. Przykładowo stypulacja miała według Zimmermanna potencjał by stać się podstawą ogólnej teorii kontraktowej, ale został on zatracony przez doktrynę średniowieczną, która doprowadziła do jej większego sformalizowania: Zimmermann (1991-1992) 1695.

²⁰ Choć można w starożytnym Rzymie znaleźć sformułowania podobne co do formy do zasady wypracowanej w kanonistyce, jak np.: Dig. 2.14.7.1: „Ait praetor: Pacta conventa (...) servabo”; Off. 3.24.92: „Pacta et promissa semper servanda sint, QUAE NEC VI NEC DOLO MALO, ut praetores solent, FACTA SINT”; Off. 1.10.32: „nec promissa igitur servanda sunt (...)”. Zob. Hyland (1993-1994) 411-415.

Ponadto, taka zasada nie dałaby się pogodzić z rzymską dogmatyką opartą na myśleniu skargowym i przejętym po Rzymianach konserwatyzmie prawniczym. Niezależnie od tego znaczenie dla rzymskiej obyczajowości miało wezwanie *fit quod dicitur*²¹, ale choć wpłynęło ono na rozwój prawa rzymskiego, to nie zmieniło ogólnego postrzegania przez Rzymian umów. Poznanie stanowiska prawa rzymskiego wobec kontraktów i umów było pierwszą istotną okolicznością, która otworzyła przed średniowiecznymi prawnikami pole do tworzenia nowych koncepcji.

Drugą okoliczność po recepcji prawa rzymskiego stanowiło zatem podjęcie refleksji prawniczej nad jego treścią w celu zaktualizowania prawa antycznego do potrzeb społeczeństwa średniowiecznego oraz opracowania aparatu pojęciowego pozwalającego na efektywne sięganie do dorobku rzymskich jurystów²². Glosatorzy i komentatorzy nie występowali jednak przeciw stanowisku prawa rzymskiego wobec umów, ale raczej starali się w ramach swojej refleksji usystematyzować lub teoretycznie uogólnić to, co Rzymianie mieli do powiedzenia o umowach²³. Uznając więc autorytet tych samych źródeł legiści dążyli do jak najlepszego ich wyjaśnienia. Stąd np. źródło swoje wziął nowy szyld, pod jakim umieszczono umowy, które rodziły uprawnienie do wniesienia skargi, czyli *pacta vestita*, czy w kolejnym kroku rozbudowana doktryna *vestimenta pactorum*, a więc spójna teoria umów, które rodziły skargę, choć nie były kontraktami²⁴. Nie dziwi, że glosatorzy i komentatorzy, dla których justyniańska kompilacja była przekazem prawniczej prawdy, nie zaakceptowali innowacji kanonistów, które w tym zakresie odchodziły od prawa rzymskiego.

Kanoniści natomiast z dorobkiem Rzymian mogli zerwać ze względu na swoją autonomiczność względem prawa rzymskiego, co stanowiło trzecią istotną okoliczność wartą wskazania jako punkt wyjścia dla rozwoju ich doktryny²⁵. Szerzej zostanie ona omówiona poniżej w ramach pierwszego podrozdziału. Jej skutkiem było to, że biorąc pod uwagę stanowisko prawa rzymskiego oraz doktrynę opracowaną w toku jego recepcji, kanoniści mogli zrobić krok dalej i symbolicznie przekroczyć próg swobody umów. Rzymianie, można powiedzieć metaforycznie, przed tym progiem stanęli, bowiem w końcowej postaci nominalizm kontraktowy prawa rzymskiego funkcjonalnie był bardzo zbliżony do swobody

²¹ Rep. 4.7: „fides enim nomem ipsum mihi videtur habere, cum fit quod dicitur”.

²² Ogólne wprowadzenie do średniowiecznej literatury prawniczej zob. np. w Schrage (1992); Dondorp/Schrage (2010).

²³ Zob. np. Vaccari (1940); Dilcher (1960); Gordley (1991) 29-68; Birocchi (1997) 31-80; Volante (2001); Massironi (2012); Péter (2012); Poldnikov (2016a) 119-153, 174-200.

²⁴ Na temat doktryny *vestimenta pactorum* zob. ogólnie np. Birocchi (1997) 31-94.

²⁵ Zob. Berman (1983) 204-205.

umów, ale jednak ten symboliczny krok nie został wykonany ani przez rzymskich jurystów, ani przez średniowiecznych legistów, lecz właśnie przez przedstawicieli nauki prawa kanonicznego²⁶. W przeciwieństwie do Rzymian kanonistom udało się wypracować zręby ogólnej teorii umów, w ramach której poczesne miejsce zajęła doktryna związania danym słowem²⁷.

1.1.2. Uwagi metodologiczne i formalne

Wypada na początek podkreślić, że charakter tego rozdziału odbiega od kształtu typowej analizy historyczno-prawnej. Celem opracowania miało być wyłuskanie i uporządkowanie argumentacji na rzecz zaskarżalności wszystkich umów zawartej w tekstach średniowiecznych kanonistów i to w taki sposób, by mogła ona stanowić użyteczny punkt odniesienia w kolejnych rozdziałach. Z tego powodu zostaną w ramach tej argumentacji wyodrębnione trzy racje podstawowe omówione w oparciu o podstawę źródłową. Warto wyjaśnić, że określenie „zaskarżalność wszystkich umów” nie oznacza, że kanoniści faktycznie chcieli by każda bez wyjątku umowa miała skutki prawne – była to raczej według nich ogólna zasada, która także miała swoje granice; ponadto słowo „wszystkie” służy także podkreśleniu odmienności ich stanowiska względem prawa rzymskiego.

W związku ze skupieniem uwagi na argumentacji prawniczej niewątpliwą cechą poniższej analizy jest brak spójnego przedstawienia w układzie chronologicznym rozwoju doktryny umownej w kanonistyce oraz specyficzne rozczłonkowanie źródeł: te same teksty powracają regularnie w kolejnych podrozdziałach, ale każdorazowo w nieco innym kontekście. Wydaje się, że takie spojrzenie ma cechę nowości w stosunku do dotychczasowych badań, jakkolwiek ceną za nie jest brak przedstawienia obrazu ogólnego. Omówione zostaną teksty źródłowe, które stanowiły źródła prawa kanonicznego w średniowieczu (*Dekret, Dekretały*), ale główny nacisk położony zostanie na prace kanonistów,

²⁶ Trudno ustalić początki stosowania tej metafory. Bliskie sformułowania o progu były te słowa – Gintowt (1960) 144: „Jedynie w dziale zobowiązań ma się do czynienia ze swego rodzaju innowacją o ogólnym znaczeniu dla rozwoju tego działu prawa. Korzystając z doświadczeń i dorobku okresu przebrzmiałego, wytworzono nową grupę zaskarżalnych wedle powszechnie obowiązującego nowego cywilnego prawa umów, zatem kontraktów, których znamiennej cechą jest powstanie zobowiązania na skutek jakiegokolwiek świadczania w nadziei otrzymania umownie ustalonego innego świadczania. Powstanie piątej z kolei grupy kontraktów («nienazwanych») rodzących skargę występującą w kompilacji Justyniana m.i. pod nazwą *actio praescriptis verbis* (echo dawnego procesu formułkowego) było ostatnim krokiem postawionym przez Rzymian schyłku na drodze wiodącej ku dzisiejszej zasadniczej wolności umów” (pisownia oryginalna). Zob. Sośniak (1986) 32-33; Kolańczyk (2007) 361. Zbliżone sformułowanie pojawiło się też np. w Collinet (1932) 494: „It was left to canon law to take the final step of proclaiming the rule *pacta sunt servanda* which represents the triumph of the effect of the concurring wills and is very reverse of primitive law”.

²⁷ Jeremy (2000) 9-10.

którzy te źródła komentowali. Podstawowym kryterium doboru prac kanonistów było ich oddziaływanie, którego miarę stanowiło wydawanie najważniejszych dzieł średniowiecznych w formie inkunabułów i starodruków. Z dwoma zatem wyjątkami (prace Huguccio i Laurentiusa Hispanusa) podstawę źródłową stanowiły teksty średniowieczne, które doczekały się wydania drukiem w okresie nowożytnym. Istotną pomoc przy kształtowaniu podstawy źródłowej stanowiły liczne i szerokie opracowania tego zagadnienia; do nich także wypada odesłać w zakresie przedstawienia rozwoju kanonistycznej doktryny w sposób klasyczny, tj. w jej chronologicznym rozwoju. Zaliczają się do nich opracowania monograficzne lub ich fragmenty²⁸ oraz artykuły²⁹; dostępnych jest także kilka opracowań w języku polskim dotyczących problematyki kanonistycznych początków swobody umów³⁰.

Za ramy czasowe doboru źródeł przyjęto narodziny kanonistyki jako nauki odrębnej od teologii (ok. 1140 r. – powstanie *Dekretu* Gracjana) i koniec XV w., wtedy bowiem po pierwsze swoją historię zaczynają nowe nurty jurysprudencji charakterystyczne dla okresu nowożytnego, a po drugie w XVI w. kanonistyka traci siłę swojego oddziaływania na prawo świeckie³¹.

W kolejnych podrozdziałach zostaną scharakteryzowane trzy podstawowe argumenty, które pomogły kanonistom w opracowaniu nowej doktryny. Niewątpliwie najważniejszym z nich był argument nazwany teologicznym. Ze względu na jasność przekazu w pierwszej kolejności omówiony zostanie jednak argument związany ze strukturą źródeł prawa kanonicznego: dzięki temu jednocześnie przedstawione będą fundamenty, na których kanoniści oparli swoją doktrynę. Po przedstawieniu argumentu formalnego, bardziej klarowne będą także podstawy źródłowe dwóch pozostałych racji. Należy zaznaczyć, że co do cytowania *in extenso* dzieł kanonistów w celu uniknięcia zbędnych powtórzeń cytacji ograniczono ich ilość w pierwszym podrozdziale: poza cytatami odnoszącymi się do przywoływania źródeł biblijnych tylko wyjątkowo prace kanonistów będą cytowane w

²⁸ Seuffert (1881); Karsten (1882); Esmein (1888); Spies (1928); Roussier (1933); Bellini (1964); Zimmermann (1996) 542-544; Decock (2013) 122-130; Poldnikov (2016a) 71-97, 154-168, 200-219.

²⁹ Zob. zwłaszcza Roberti (1935); Fedele (1937); Naz (1954a); Bärmann (1961); Hyland (1993-1994); Landau (2003); Scigliano (2007); Poldnikov (2016b).

³⁰ Sośniak (1986) 41-44; Wojciechowski (2008); Uruszczak (2012); Alexandrowicz (2015); Korporowicz (2015); wpływ kanonistyki w literaturze polskiej odnotowali m.in. Ohanowicz (1926) CLXIX; Trzaskowski (2005) 38; Dziadzio (2008) 349-350; Kaczorowska (2009) 247-248; Machnikowski (2013) 464; Derek (2015) 171; Zalewski (2016); Dajczak w Dajczak/Giario/Longchamps de Bérier (2018) 468; Prutis (2018) 123. Choć zdarza się, że brak wzmianki o kanonistach tam, gdzie można by się jej spodziewać – zob. np. Kacprzak/Krzynówek/Wołodkiewicz (2001) 106-109.

³¹ Esmein (1888) 5.

podrozdziale pierwszym, bowiem konieczne i bardziej uzasadnione wydało się przywołanie tych samych tekstów w dalszych podrozdziałach.

1.2. ARGUMENT FORMALNY Z AUTORYTETU ŹRÓDEŁ PRAWA

1.2.1. Uwagi wprowadzające

Pod szyldem „argument formalny z autorytetu źródeł prawa” kryje się obserwacja, że kanoniści swoją nową doktrynę opierali zawsze na dostępnych im tekstach źródłowych, które darzono podówczas uznaniem, i które cieszyły się autorytetem prawa w Kościele.

Zagadnienie źródeł prawa kanonicznego jest złożone, pojmowanie roli źródeł zmieniało się bowiem na przestrzeni dwóch tysięcy lat istnienia Kościoła³². Już między koncepcją źródeł przedstawioną w pierwszych dystynkcjach *Dekretu* a teoriami kanonistów XIII-wiecznych występowały różnice³³. Nie sposób więc dokonać szerokiego przedstawienia tej kwestii, lecz tytułem wstępu warto zwrócić uwagę na kilka uniwersalnych cech charakterystycznych dla koncepcji pojmowania źródeł prawa w Kościele, bowiem miały one wpływ na rozwój kanonistycznej argumentacji na rzecz zaskarżalności wszystkich umów.

Średniowieczne prawo kanoniczne ze względu na swój cel i rolę w Kościele korzystało z katalogu źródeł znacznie szerszego niż ówczesne prawo rzymskie. W zakres źródeł dostępnych dla kanonistów wchodziły bowiem np. Pismo Święte czy też dokumenty soborów i synodów. Wynikało to z prostej i jednocześnie fundamentalnej przyczyny, mianowicie uznania samego Boga za podstawowe źródło prawa w Kościele. Stąd też prawo Boże, czy to naturalne, czy pozytywne, stanowiło podstawowy punkt odniesienia dla kanonistów. Obok niego oczywiście duże znaczenie miały akty prawne wydawane przez władze kościelne: specyfiką prawa kanonicznego jest ściśle powiązanie obowiązywania prawa z autorytetem tego, kto je wydaje³⁴. Różną powagą cieszyły się dokumenty papieskie i synodalne, jeszcze zaś inną akty prawa partykularnego.

Źródła faktycznie dostępne średniowiecznym kanonistom nie obejmowały wszystkich tekstów z historii Kościoła potencjalnie istotnych dla rozstrzygnięcia różnych kwestii, lecz jedynie te, które funkcjonowały w dostępnych zbiorach. Stąd na przykład podstawowym źródłem tekstów starożytnych był dla nich *Dekret* Gracjana, stosunkowo rzadko zaś poszukiwali oni źródeł, które nie były znane w głównym obiegu tekstów. Przy tym prawo

³² Zob. np. van Hove (1945) 48-408; Bączkiewicz (1957) 1.23-102; Pawluk (1985) 1.87-142; Hemperek/Góralski (1995) 13-173.

³³ Gaudemet (1951) 9-32; Brundage (1991) 154-158.

³⁴ Świergosz (2017).

kanoniczne miało w średniowieczu tę przewagę nad prawem rzymskim, że było prawem stale obowiązującym w żywej wspólnocie, a więc zakres źródeł dostępnych kanonistom nie ograniczał się do dokumentów starożytnych, lecz obejmował także różne ówczesne akty prawne. W szczególności należy wskazać w tym miejscu papieskie dekretały, których masowe wydawanie od XII w. zmieniło kształt prawa kanonicznego i sposób uprawiania kanonistyki, oraz postanowienia średniowiecznych soborów, które także cieszyły się dużym uznaniem. Zakres tekstów źródłowych dostępnych dla kanonistów skutkowało tym, że cieszyli się oni swoistą autonomią metodologiczną względem prawników świeckich, tzn. zajmując się często tymi samymi zagadnieniami obok przepisów prawa rzymskiego brali pod uwagę także szereg innych *auctoritates*.

W miarę rozwoju kanonistyki, której początki wiąże się tradycyjnie z Gracjanową *Concordia discordantium canonum*, coraz większe znaczenie zyskiwała także opinia innych autorów na dyskutowany temat. Jurysprudencja jako źródło prawa została sklasyfikowana dopiero pod koniec średniowiecza, ale znacznie wcześniej typowy komentarz do *Dekretalów* w lwiej części opierał się na zreferowaniu poglądu autorów wcześniejszych i uporządkowaniu doktryny już istniejącej. W ten sposób z czasem pogłębiała się refleksja kanonistów w danym obszarze, a ważną rolę w komentowaniu prawa odgrywało opieranie się autorytecie uznanych autorów. Również w ramach rozwoju doktryny o zaskarżalności wszystkich umów wyraźnie widać, jak doszło do ukształtowania się *communis opinio canonistarum*, która stała się dodatkową podstawą obowiązywania tej doktryny.

Wreszcie, należy pamiętać i o tym, że istotny wpływ na rozwój kanonistyki miał charakter prezentowania źródeł i ich omawiania. Kanoniści koncentrowali swoją działalność naukową na wyjaśnianiu poszczególnych kanonów najpierw *Dekretu* a potem kompilacji dekretałów promulgowanych przez papieży. W połączeniu z przywiązywaniem dużej wagi do opinii starszych autorów doprowadziło to do tego, że poszczególne koncepcje doktrynalne powiązane zostały na trwałe z określonymi kanonami i w ramach komentarzy do tych kanonów podlegały dalszemu rozwojowi. Taka forma powiązania dyskusji z istniejącą strukturą to jedna z cech systemowości nauki w średniowieczu³⁵. Było to w pewnym sensie ograniczenie, bowiem trudniej było odnajdywać połączenia między poszczególnymi zagadnieniami rozszanymi w różnych miejscach komentarzy, ale jednocześnie dla kanonistów taka forma prowadzenia wykładu była naturalna i doprowadziła do utworzenia trwałego układu wzajemnych odniesień między różnymi instytucjami prawa. Stąd też i większość

³⁵ Kästle-Lamparter (2016) 105-208.

tekstów przywoływanych w ramach niniejszego opracowania stanowiły komentarze do tylko kilku kanonów, uznanych za istotne dla dyskusowania prawa umów.

W związku z powyższymi uwagami można wskazać kilka kluczowych źródeł, które mocą swojego autorytetu uznanego przez prawo istotnie wpłynęły na finalny kształt doktryny kanonistów. Warto krótko każde z nich przedstawić i scharakteryzować, by na tej podstawie uzasadnić, w jaki sposób uznanie autorytetu źródeł prawa stało się formalną przesłanką na rzecz nowej doktryny.

1.2.2. Pismo Święte

Rola Pisma Świętego w średniowiecznym prawie kanonicznym wymyka się prostemu opisaniu przez historyków prawa ze względu na ogrom materiału źródłowego. W samym *Dekrecie* liczbę odniesień do tekstów świętych szacuje się na ok. 1300-1400, a jest to źródło bodaj najlepiej zbadane³⁶. Warto przy tym jednak pamiętać, że już Gracjan korzystał z Biblii w sposób odmienny od swoich poprzedników, bowiem zrezygnował z bezpośredniego przytaczania cytatów biblijnych w ramach *auctoritates*: pojawiały się one zwłaszcza jako fragmenty tekstów egzegetycznych, a do tego także w jego *dicta*³⁷. W *Dekretalach* a zwłaszcza w rozlicznych pracach dekretystów i dekretalistów cytaty i odesłania do *Sacra Scriptura* pojawiają się nader często. Można zauważyć, że po 1200 r. bezpośredni wpływ Pisma Świętego na rozwój kanonistyki począł jednak maleć, a to ze względu na rozwój nauki prawa, choć oczywiście nigdy Biblia nie straciła swojego znaczenia³⁸. Oddzielenie nauki prawa kanonicznego od teologii oraz wzrost znaczenia papieskich dekretalów w prawie kanonicznym wpłynęły na to, że cytaty biblijne stały się jednym z wielu źródeł autorytetu, a tym samym ich znaczenie zmalało³⁹. Sposób korzystania przez kanonistów z Pisma Świętego także nie był jednorodny: niekiedy na cytatach biblijnych opierały się kluczowe dla Kościoła instytucje, innym razem fragmenty z Pisma Świętego były tylko wskazówką dla przyjęcia pewnych rozwiązań albo jednym z wielu argumentów na rzecz tej czy innej decyzji. Unikając w tym miejscu wchodzenia w dalsze szczegóły tego zagadnienia wydaje się, że wystarczy scharakteryzować rolę, jaką odegrały cytaty z Pisma Świętego w zakresie przedmiotu tej pracy⁴⁰.

³⁶ Gaudemet (1984) 368-369.

³⁷ Landau (2008) 28-29.

³⁸ Helmholz (1994) 1561.

³⁹ Helmholz (1994) 1561-1562.

⁴⁰ Dalsza literatura ogólna zob. np. Taliadoros (2016); Szuromi (2009) 36-46; Helmholz (1994); Fransen (1986); Gaudemet (1984); Izbicki (1984); van Hove (1945) 49-62.

Doktryna kanonistów o zaskarżalności wszystkich umów nie wynikała wprost z Pisma Świętego, ale w wielu cytatach biblijnych znalazła ona swoją teologiczną podstawę. Kluczowe teksty należały zarówno do Starego jak i do Nowego Testamentu⁴¹. Ze Starego Testamentu można wskazać cytaty nakazujące przestrzeganie ślubów złożonych wobec Boga (Lb 30,3; Pwt 23,23; Ps 89,35) oraz te, które dotyczyły kłamstwa w stosunkach między ludźmi (Ps 5,7; 11,3-4; Mdr 1,11). W Nowym Testamencie były to zwłaszcza: fragment z kazania na Górze, w którym Jezus polecił nie składać przysięg (Mt 5,34-37) oraz zakaz przysięgania zawarty w Liście Jakuba Apostoła (Jk 5,12). Były to zatem teksty, które dotyczyły podobnej problematyki, mianowicie szacunku dla danego słowa, ale z pewnością nie formułowały one *explicite* jurydycznego nakazu przestrzegania każdej umowy. Niemniej, ważniejsze nawet od tego, jakie teksty kanoniści mieli do dyspozycji, było to, z jakich faktycznie skorzystali.

Z tej perspektywy wydaje się, że pierwszym istotnym źródłem był cytat z Pierwszego listu św. Pawła Apostoła do Tymoteusza (1 Tm 5,18): „Mówi bowiem Pismo: Nie zawiążesz pyska wołowi młócaćemu, oraz: Godzien jest robotnik zapłaty swojej”. Słowa Apostoła dotyczyły obowiązku utrzymania prezbiterów przez wspólnotę, a były one zestawieniem innych fragmentów z Pisma Świętego, tj. słów Jezusa o tym, że godzien jest robotnik zapłaty czy też strawy (Łk 10,7; Mt 10,10), oraz starożytnego zakazu pozbawiania wołu jego pożywienia (Pwt 25,4). Ten złożony fragment z listu Pawłowego odegrał istotną rolę w pismach kanonistów ze względu na to, że był uzasadnieniem rozstrzygnięcia synodalnego zawartego w c. *Quicumque suffragio* (C.12, q.2, c.66). Stąd też dekretyści komentujący ten kanon wspominali o tym, że to autorytet samego św. Pawła stał za rozstrzygnięciem ojców synodalnych, którzy uznali, że nie można uwolnić się od obietnicy inaczej jak tylko przez jej wypełnienie. W ten sposób przede wszystkim wzmiankował ten cytat Johannes Teutonicus (?-1245)⁴², który w swojej glosie wprost podał, że ojcowie synodalni rozstrzygnęli postawioną kwestię *auctoritate Pauli*⁴³. Później jednak cytat ten raczej nie budził większego zainteresowania kanonistów, którzy ograniczali się do ogólnego odesłania do c. *Quicumque*

⁴¹ Spies (1928) 1-4. Roberti (1935) 98-101 uznał za istotne źródło nie tylko Biblię, ale i Talmud.

⁴² Bermejo Castrillo (2004); BBG Johannes Teutonicus.

⁴³ Johannes Teutonicus (1582) ad C.12, q.2, c.66, casus, col. 1345: „unde quaesitum fuit in concilio Toletano utrum ad hoc possit compelli de iure? Et respondetur quod sic: hoc probatur auctoritate Pauli: ita tamen, ut illa remuneratio per concilium provinciale confirmetur”. Szerzej zob. Alexandrowicz (2019). Wypada podkreślić, że kanoniści korzystali z tekstu Pisma Świętego w języku łacińskim, który mógł odbiegać od podstawy polskiego tłumaczenia, do którego sięgano w opracowaniu tego fragmentu rozprawy. Studia nad rozbieżnościami w tekście Pisma Świętego występującymi między różnymi językami wykraczały poza zakres tej rozprawy.

suffragio. Ciekawe – choć chyba przypadkowe – podobieństwo do tego cytatu stanowiła wzmianka Baldusa de Ubaldis (ok. 1327-1400)⁴⁴ z jego komentarza do *Dekretalów*, w której cytując glosę do *Instytucji* metaforycznie wyjaśnił siłę *obligatio*, pisząc, że jak woły zwykle związane są powrozami, tak ludzie wiążą się słowami⁴⁵: w ten sposób figura wołu powróciła do refleksji kanonistycznej nad prawem umów.

Idąc dalej, istotne znaczenie miały biblijne cytaty zawarte w zakończeniu c. Iuramenti (C.22, q.5, c.12), w którym Chromacjusz podał, że istotnie i kłamstwo, i krzywoprzysięstwo zasługiwały na karę Boskiego sądu. Tak bowiem mówiło Pismo: „usta kłamliwe zabijają duszę” (Mdr 1,11) oraz „Prawdomówny świadek nie kłamie” (Prz 14,5)⁴⁶. Komentujący ten kanon niekiedy podkreślali znaczenie przywołanych fragmentów, jak np. Huguccio z Pizy (?-1210)⁴⁷, który wskazał, że także w zwykłych słowach każdy, kto nie mówił prawdy i nie unikał fałszu, postępował nagannie, podobnie jak nie należało tego czynić w przysiędze, a przecie tego właśnie oczekiwano od wiernego świadka⁴⁸. Wzmianka o kłamliwych ustach zabijających duszę znalazła miejsce także w glosie Teutonicusa, który podkreślił, że według tego kanonu na Bożą karę zasługiwał ten, kto łamał zakaz przewrotności w przysiędze i w zwykłej mowie, a było to dowiedzione *auctoritate domini dicentis*⁴⁹. Na pochodzenie pierwszego z nich z Księgi Mądrości wskazał Guido de Baysio (?-1313)⁵⁰ w *Rosarium Decretorum*⁵¹. Na samym początku swojego komentarza odesłał on także do Pwt 23, zapewne mając na myśli wersety 22-24: „Jeśli złożysz ślub Panu, Bogu swemu, nie będziesz się ociągał z jego wypełnieniem, gdyż Pan, Bóg twój, będzie się tego domagał od ciebie, a na tobie będzie ciążył grzech. Jeśli się wstrzymasz od ślubowania, nie będzie grzech ciążył na

⁴⁴ García Garrido (2004); BBG Baldus de Ubaldis.

⁴⁵ Baldus de Ubaldis (1578) ad X 1.35.1, sv. firmitatem, num. 2, fol. 121vb: „Et ut boves usualiter funibus, et homines verbis ligantur, unde versus. Verba ligant homines taurorum cornua funes”. Zob. Accursius (1627) ad I. 3.14pr., sv. iuris vinculum, col. 350: „ut enim boves funibus visualiter ligantur: sic homines verbis ligantur intellectualiter. Additio. Iuxta illud: Verba ligant homines, taurorum cornua funes. Cornu bos capitur, voce ligatur homo”. Na podstawie tej *additio* opracowano zostało w XVI/XVII w. prawnicze powiedzenie. Zob. Zimmermann (1996) 541, przyp. 214; Decock (2013) 154.

⁴⁶ C.22, q.5, c.12: „utrumque, et periurium et mendacium, diuini iudicii pena dampnatur, dicente scriptura: Os, quod mentitur, occidit animam. Quisquis ergo uerum loquitur, iurat, quia scriptum est: Testis fidelis non mentitur”.

⁴⁷ Müller (1994) 21-108; Almira (2004); Pennington/Müller (2008) 142-160; BBG Huguccio.

⁴⁸ Huguccio Pisanus (1188) ad C.22, q.5, c.12, sv. iurat, fol. 242vb: „id est ita debet habere verum, et vitare falsum, qui iuraret, id est ita in communi loquela debet verum dicere et falsum vitare sicut in iuramento alius non est testis fidelis quia scriptum est etc.”.

⁴⁹ Johannes Teutonicus (1582) ad C.12, q.2, c.66, casus, col. 1703: „et hoc probat auctoritate domini dicentis: Os quod mentitur etc.”.

⁵⁰ Domingo (2004c); BBG Guido de Baysio.

⁵¹ Guido de Baysio (1481) ad C.22, q.5, c.12, sv. distantiam vel differentiam, s.f.: „Scriptura Sapientiae 1c. [Mdr 1] quisquis i. perfectus ita verum observat quod proferat ac si iuraret, vel ita debet ei credi quasi iuraverit”.

tobie, lecz co z ust twych już wyszło, tego strzeż i wypełnij ślub, który twe usta złożyły jako dar dobrowolny Panu, Bogu twemu”⁵². Dalej zaś Guido wzmiankował także Kpł 19,12: „Nie będziecie przysięgać fałszywie na moje imię”⁵³.

Innym werselem biblijnym, który cieszył się dużą popularnością w ramach rozważań na temat zaskarżalności umów był fragment Ps 89,35: „nie zmienię słowa ust moich”. Wspomniał go np. Goffredus de Trano (?-1245)⁵⁴ w swojej *Summie*⁵⁵, a powtórzył za nim tę wzmiankę Henricus de Segusio, czyli Hostiensis (ok. 1200-1271)⁵⁶, w *Summa aurea*⁵⁷ oraz w *Lectura*⁵⁸. Wprost oparł na nim tezę o prawie do działania na podstawie choćby gołej umowy Nicolaus de Tudeschis, czyli Panormitanus (1386-1445)⁵⁹, pisząc, że jakakolwiek goła umowa ma zatwierdzenie i wsparcie prawa Bożego według słów proroka, tj. psalmisty⁶⁰.

Obok tych podstawowych i najpopularniejszych wśród kanonistów cytatów biblijnych można wskazać tytułem przykładu jedno bardziej oryginalne odesłanie. Hostiensis w komentarzu do c. *Qualiter* (X 1.35.3) zacytował słowa Labana do Jakuba: „Dobrze, niechaj będzie tak, jak mówisz!” (Rdz 30,34)⁶¹. Biskup Ostii wspominał tę historię, aby pokazać, że każda umowa była tak samo skuteczna, choćby była uczyniona prostymi słowy – czego egzemplifikację stanowiło starożytne porozumienie Labana z patriarchą. Można by wskazać więcej fragmentów Pisma Świętego, które miały dla wybranych kanonistów znaczenie w argumentowaniu na rzecz swobody umów, ale wydaje się, że powyższe przykłady dobrze obrazują ogólną tendencję. Warto dodać, że zazwyczaj cytaty biblijne były przez kanonistów przywoływane bez podania odesłania albo w formie fragmentarycznej.

⁵² Guido de Baysio (1481) ad C.22, q.5, c.12, sv. nullam, s.f.: „Deutro. 23 c. [Pwt 23]”.

⁵³ Guido de Baysio (1481) ad C.22, q.5, c.12, in gl. distantiam, sv. peccat, s.f.: „De iuramento enim dictum est non periurabis in nomine meo etc.”.

⁵⁴ Tejero (2004a); BBG Goffredus de Trano.

⁵⁵ Goffredus de Trano (1519) ad X 1.35, num. 6, fol. 60vb: „Et est ratio canonum quia dum quis venit contra simplex verbum mortaliter peccat ut 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17]. Et ideo quae procedunt de labiis meis non faciam irrita”.

⁵⁶ Brugnotto (1999) 9-51; Pennington (1993); Ferrer Ortiz (2004); BBG Henricus de Segusio.

⁵⁷ Hostiensis (1574) ad X 1.35, num. 6, col. 372: „Unde peccat mortaliter, contra simplex verbum veniens 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17] et ideo quae procedunt de labiis tuis, tu sacerdos non facies irrita”.

⁵⁸ Hostiensis (1512) ad X 1.35.1, sv. ecclesiasticam, fol. 184va: „Etenim secundum psalmistam quae procedunt de labiis tuis non facies irrita. Quia inter simplicem loquelam et iuramentum non est differentia apud Deum 22 q.5 iuramenti [C.22, q.5, c.12]”.

⁵⁹ Tejero (2004c); BBG Nicolaus de Tudeschis.

⁶⁰ Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, num. 5, fol. 138rb: „sed ius canonicum approbat hoc pactum, quantumcunque nudum, ergo ex eo potest agi, maxime cum pactum quantumcunque nudum habeat approbationem, et concursum iuris divini iuxta illud prophetae”.

⁶¹ Hostiensis (1512) ad X 1.35.3, sv. promittuntur, fol. 184vb: „Tamen secundum canones etiam ex nudo pacto datur actio ut hic et 12 q.2 quicumque suffragio [C.12, q.2, c.66] et q.5 quia iohannes [C.12, q.5, c.3]. Hoc etiam expresse probatur Genesis 30 f. ubi dixit Laban ad Iacob. Gratum habeo quod petis etc. [Rdz 30,34]”.

Kanoniści niekiedy powoływali się na autorytet Biblii w sposób bardziej ogólny, tj. nie przywołując poszczególnych zdań, ale wskazując na to, że omawiana norma miała podstawę w Piśmie Świętym. Sztandarowym przykładem tekstu, który pełnił m.in. taką funkcję było powoływanie się przez kanonistów na c. *Praedicandum* (C.22, q.1, c.17). Przepis ten zakazywał krzywoprzysięstwa, a otwierało go ogólne ostrzeżenie kierowane do wiernych, by wystrzegali się tego przestępstwa, bowiem było ono zakazane i w prawie, i u proroków, i w Ewangelii⁶². Odesłał do niego np. Goffredus⁶³ czy też Hostiensis zaraz po sięgnięciu do historii Labana i Jakuba⁶⁴. Był on też klarownym argumentem dla Bernarda z Parmy (Barnardus Parmensis, ?-1266)⁶⁵, który przytoczył go po sformułowaniu o tym, że grzeszy śmiertelnie ten, kto odstępuje od umowy⁶⁶. W pewnym sensie sięganie do tego kanonu mogło stanowić etap poprzedzający wypracowanie przez kanonistów zdania, które głosiło, że umowy gołe należy zachowywać według prawdy Ewangelii. Zdanie to istotnie różniło się od formuły, która uzasadniała zaskarżalność gołych umów w oparciu o kanony i pojawiała się regularnie w ramach już rozwiniętej doktryny, tj. co najmniej od Goffredusa. Ta ostatnia formuła raczej kazała wiązać skuteczność umów nagich z dorobkiem prawa kanonicznego, z odpowiednią interpretacją norm prawnych w Kościele: kanony, które podówczas obowiązywały uznano za podstawę prawną takiego sformułowania.

Tymczasem Hostiensis, a za nim Jan Andrzejowy (Johannes Andreae, ok. 1270-1348)⁶⁷, przedstawili pogląd, wedle którego umowy gołe winny być zachowane *secundum veritatem evangelii*, po czym barwnie uzasadniali oni postawę godną chrześcijanina poprzez przeciwstawienie sobie opinii pretora i wymogów Ewangelii⁶⁸. Można uznać, że taki skrót myślowy opracowany przez kanonistów był w pewnym sensie zwieńczeniem roli Pisma

⁶² C.22, q.1, c.17: „Predicandum est etiam, ut periurium fideles caueant, et ab hoc summpere abstineant, scientes hoc grande scelus esse, et in lege, et in Prophetis, et in euangelio prohibitum”.

⁶³ Goffredus de Trano (1519) ad X 1.35, num. 6, fol. 60vb: „Et est ratio canonum quia dum quis venit contra simplex verbum mortaliter peccat ut 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17]”.

⁶⁴ Hostiensis (1512) ad X 1.35.3, sv. promittuntur, fol. 184vb: „quia nec debes etiam contra simplex verbum tuum venire 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17] nec aliquod gerere in corde et aliud exprimere in ore 23 di. psalmista [D.23, c.20]”.

⁶⁵ Domingo (2004a); BBG Bernardus Parmensis.

⁶⁶ Bernardus Parmensis (1582) gl. ad X 1.35.1, sv. pacta custodiantur, col. 440: „igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem: quia mortaliter peccat recedendo a pacto, arg. 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17]”.

⁶⁷ Otaduy (2004); BBG Johannes Andreae.

⁶⁸ Hostiensis (1512) ad X 1.43.9, sv. indistincte, col. 114vb: „Caveat ergo sibi is qui consentit: quia pacta quantumcunque etiam nuda secundum veritatem evangelii sunt servanda, infra de iureiu. etsi Christus [X 2.24.26] quod dic ut no. supra de pac. c.1 et c.3 [X 1.35.1; 1.35.3]. Et miror quomodo potest aliquis vere Christianus sentire contrarium: cum Ulpianus qui paganus fuit, dicat. Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.”; Johannes Andreae (1612) ad X 1.43.9, t. 1, num. 5, fol. 312rb-312va.

Świętego jako argumentu, który doprowadził do powstania nowej doktryny. W prosty sposób zbierał on bowiem rozsiane w różnych fragmentach Biblii przesłanie nakazujące dotrzymywania danego słowa.

Na przykładzie pism kanonistów traktujących o umowach widać także ogólną tendencję do coraz rzadszego sięgania do *Sacra Scriptura* w miarę rozwoju kanonistyki. Stąd też wartość zyskało ogólne sformułowanie Hostiensisa, dzięki któremu wystarczyło odwołać się do „prawdy Ewangelii” by zagwarantować biblijne podstawy dla nowej doktryny, po czym można było przejść do bardziej szczegółowych rozważań jurydycznych. Nie przekreślało to oczywiście roli Pisma Świętego w argumentacji kanonistów, bowiem nadal czasami było ono przywoływane. Od fragmentów biblijnych rozpoczęło się kształtowanie podstaw doktryny związania danym słowem, ale zmiana w podejściu do ich przywoływania pokazywała specyfikę korzystania przez średniowiecznych kanonistów z argumentacji opartej na Piśmie Świętym.

1.2.3. Ustawodawstwo synodalne

Ważnym źródłem norm dla kanonistów były kanony starożytnych soborów i synodów przez setki lat zbierane w różnorodnych kolekcjach kanonów⁶⁹. Można nawet uznać, że doktryna nakazująca przestrzeganie obietnic, która wyrosła z interpretacji Pisma Świętego przez Ojców Kościoła od IV do XII w., realizowana w praktyce była w Kościele właśnie za pośrednictwem rozstrzygnięć synodalnych, a dopiero od końca XII w. zaczęła jej towarzyszyć refleksja naukowa⁷⁰.

Pomimo tego, iż kanony wykorzystane dla potrzeb doktryny o zaskarżalności umów pochodziły często od synodów lokalnych, a więc pierwotnie stawały się źródłami prawa partykularnego, to jednak ze względu na ich znaczenie z czasem zyskały one status źródeł prawa powszechnego. Starożytność uchwalonych norm kompensowała ich początkowo terytorialny zasięg obowiązywania – dla średniowiecznych kanonistów przeważnie nie miało znaczenia ani gdzie dokładnie, ani kiedy dokładnie biskupi obradowali: abstrahowali oni od kontekstu wydanych rozstrzygnięć i czerpali z nich to, co miało znaczenie w analizowanej kwestii. W znacznej mierze wynikało to z tego, że co do zasady kanoniści korzystali ze zbiorów tekstów źródłowych, a więc mieli dostęp tylko do wybranych fragmentów ustawodawstwa synodalnego, które zostały przez ich poprzedników zauważone i umieszczone

⁶⁹ Zob. np. Landau (2008) 25-28; Ferme (2007) 51-78.

⁷⁰ Spies (1928) 23.

w kompilacjach. Autorytet kanonów synodalnych wynikał więc przede wszystkim z autorytetu zbioru, w którym teksty się znalazły, a dopiero w dalszej kolejności z rangi uchwalającego je zgromadzenia.

Z tego względu znaczenie postanowień synodów miało zgoła odmienny charakter od tekstów Pisma Świętego. Przejawem innej roli kanonów synodalnych względem cytatów biblijnych było także to, że kanoniści rzadko podkreślali, z jakiego źródła pochodziły przywoływane przez nich przepisy kościelne. Ograniczali się zasadniczo do wskazania incipitu kanonu, czyli do odesłania do niego, podobnie jak czynili z odesłaniami do tekstów patrystycznych⁷¹. Powyższe uwagi odnoszą się zatem także do kolejnego źródła, jakim były dla średniowiecznej kanonistyki pisma Ojców Kościoła.

Początek doktryny kanonistów na temat zaskarżalności wszystkich umów to komentarze do c. *Quicumque suffragio*. Był to kanon zaczerpnięty z postanowień IV synodu w Toledo z 633 r., który inspirował się w rozstrzygnięciu jedną z cesarskich konstytucji⁷². Dotyczył on mało precyzyjnie określonej sytuacji, w której ktoś zaradził potrzebom Kościoła, za co obiecał mu zostało wynagrodzenie. Pytanie, jakie rozważali ojcowie synodalni dotyczyło tego, czy możliwe jest inne uwolnienie się od tej obietnicy, niż zapłata wynagrodzenia. Odpowiedzieli, przywołując autorytet św. Pawła (1 Tm 5,18), że nie jest to możliwe.

Kanon ten nie dotyczył prawa umów, ale nie przeszkodziło to kanonistom na gruncie jego wyjaśniania rozważać kwestii związania obietnicą⁷³. W ramach wywodów poświęconych zaskarżalności umów kanon ten odegrał więc istotną rolę z dwóch względów. Po pierwsze stanowił pretekst do szerszych rozważań kanonistów na temat wiążącej mocy obietnicy, a w konsekwencji także umowy. Na kanwie komentarza do c. *Quicumque suffragio* doktrynę związania słowem kształtowali m.in. Huguccio, Laurentius Hispanus (?-1248)⁷⁴ czy Johannes Teutonicus. Po drugie był on przywoływany jako jedno z istotnych źródeł potwierdzających uznany w kanonistyce obowiązek dotrzymywania danego słowa. Tego typu odesłania do tego

⁷¹ Przykładowo: *Glossa ordinaria* wyjaśniając, że z gołej umowy powstawała skarga po prostu wskazała na c. *Quicumque suffragio* (kanon synodalny) oraz na c. *Quia Iohannes* (fragment listu Grzegorza Wielkiego) bez szerszego wyjaśnienia treści i znaczenia obu tych tekstów: Bernardus Parmensis (1582) gl. ad X 1.35.1, sv. *pacta custodiantur*, col. 440: „Item habes hic arg. quod ex nudo pacto oritur actio 12 q.2 quicumque suffragio [C.12, q.2, c.66] et q.5 quia Ioan. [C.12, q.5, c.3]”.

⁷² Bruns (1839) 1.233; Szuromi (2009) 21-25; Thompson (1969) 276. Bardzo szeroko na temat tego kanonu i jego związków z konstytucją z 394 r. pisał Roussier (1933) 63-69.

⁷³ Landau (2003) 461.

⁷⁴ Pérez Martín (2004b); BBG Laurentius Hispanus.

kanonu pojawiały się w kanonistyce regularnie, zwłaszcza u autorów XIII-wiecznych, np. u Bernarda z Parmy, Hostiensisa czy Guido de Baysio⁷⁵.

Drugi istotny kanon, c. *Antigonus* (X 1.35.1), pochodził z synodu w Kartaginie w roku 348⁷⁶. Kanon ten dotyczył naruszenia umowy zawartej między dwoma biskupami, Antygonem i Optantusem, w której ustalili oni podział wiernych. Zawarta umowa nie była jednak przestrzegana przez Optantiusa, w związku z czym Antygon przedstawił sporną kwestię zgromadzonym na synodzie biskupom, którzy orzekli, że pokój powinien być utrzymany przez zachowanie umowy. Jakkolwiek cały spór między biskupami oraz jego kontekst, którym była zapewne schizma donacjańska, jawi się jako zagadnienie interesujące⁷⁷, dla kanonistów znaczenie miał ten tekst ze względu na pojawiające się w nim słowo *pactum*. Niemniej, w kontekście donacjańskiego rozłamu w Kościele, warto podkreślić, że rozstrzygnięcie synodalne, które za nadrzędną wartość przyjęło pokój w społeczeństwie, było wyrazem troski biskupów analogicznej do motywacji cesarza Konstantyna, który od początku starał się pogodzić zwaśnionych biskupów afrykańskich właśnie w celu utrzymania pokoju społecznego⁷⁸. Kanoniści średniowieczni w tekście tym upatrywali jednak przede wszystkim normatywnej podstawy dla doktryny o zaskarżalności wszystkich umów, co było przejawem charakterystycznej w ogóle dla tej epoki ahistorycznej lektury tekstów źródłowych – w swoich interpretacjach skupiali się oni na dosłownym brzmieniu tekstu, a nie na jego historii.

Kanon ten trafił do obiegu tekstów źródłowych za sprawą Bernarda z Pawii (Bernardus Papiensis, ?-1213)⁷⁹ i jego *Breviarium Extravagantium*. Oprócz nowych, tj. wydanych po powstaniu *Dekretu*, kościelnych aktów prawnych, zwłaszcza papieskich dekretów, umieścił on w swojej kompilacji teksty starożytne, które nie zostały ujęte przez Gracjana. Pośród nich znalazł się także i c. *Antigonus*, dla którego znalezienia Bernard musiał przeprowadzić szeroko zakrojoną *Suchaktion*, jak to określił Peter Landau⁸⁰. W celu jego znalezienia Bernard musiał się natrudzić (chyba, że było to dziełem przypadku), bowiem poprzednia kanoniczna kompilacja tekstów, która zawierała ten tekst to *Decretales Pseudo-Isidorianae* z IX w.: do *Breviarium* zaczerpnął on z tej ogromnej kompilacji tylko dwa

⁷⁵ Bernardus Parmensis (1582) gl. ad X 1.35.1, sv. pacta custodiantur, col. 440; Hostiensis (1512) ad X 1.35.3, sv. promittuntur, fol. 184vb; Guido de Baysio (1481) ad C.1, q.1, c.114, sv. munus, s.f.

⁷⁶ Bruns (1839) 1.116; Munier (1974) 9.

⁷⁷ Więcej na temat kontekstu powstania tego kanonu zob. Gaudemet (1958) 329; Maier (1987) 291-292; Sabw Kanyang (2000) 100, 105.

⁷⁸ Ubiña (2013) 35-43.

⁷⁹ Fornés (2004); Pennington (2008a) 295-300; Pennington (2008b) 211-215; Bernardus Papiensis BBG.

⁸⁰ Landau (2003) 466.

teksty⁸¹. W *Summa Decretalium* Bernard mógł także mieć na myśli ten właśnie kanon wskazując, że celem umów jest to, by były zachowywane⁸². Od umieszczenia tego kanonu w *Breviarium* (1.26.1), które szybko stało się uznaną kolekcją dekretalów, tekst synodu w Kartaginie stał się kluczowym źródłem dla kanonistycznych rozważań o zaskarżalności wszystkich umów.

Warto w tym miejscu podkreślić, że Bernard zbierając teksty do swojego zbioru dokonywał także ich skrótów. W przypadku c. *Antigonus* została wycięta znaczna część kanonu dotycząca szczegółów stanu faktycznego, co jednoznacznie wskazywało na intencję kompilatora: tekst kanonu nie został umieszczony w jego kolekcji ze względu na to, że była to regulacja ważna sama w sobie, lecz dlatego, że Bernard dostrzegł jego znaczenie dla prawa umów – w takim też tytule (*De pactis*) w *Breviarium* został ten kanon umieszczony i to jako pierwszy spośród kilku kanonów, czyli zapewne najważniejszy w jego opinii⁸³. Bernard dokonał skrótu w bardzo eleganckim stylu, czego przejawem było np. zastąpienie słowa *divisimus* zwrotem *sed divisum est*, dzięki czemu mógł wyciąć dalszy fragment kanonu zachowując jego sens a nawet podobieństwo brzmieniowe. Faktyczny sposób nieprzestrzegania zawartej umowy przez Optantiusa nie miał znaczenia dla Bernarda – konieczność przestrzegania umowy wynikała z samego jej zawarcia. Skrócenie kanonu było także utrudnieniem dla kanonistów dla podjęcia ewentualnych rozważań związanych z kontekstem jego wydania, choć jak zostało to już zaznaczone, ten aspekt nie miał dla nich większego znaczenia: korzystając z powszechnie stosowanej metody naukowej średniowiecza ograniczali się do wykorzystania dosłownego przekazu tekstu, podobnie jak prawnicy *ius civile* czy teologowie. Wyrazem oderwania kanonu od jego historycznego tła było także bardzo ogólne określenie pochodzenia tego kanonu jako *ex concilio Africano*, które nie wzbudzało większego zainteresowania kanonistów.

Znacznie bardziej radykalnego skrócenia kanonu synodalnego dokonał Rajmund z Peñafort (ok. 1180-1275)⁸⁴, redaktor *Dekretalów* Grzegorza IX⁸⁵. W jego redakcji z

⁸¹ Hinschius (1863) 293-294; o tej kolekcji zob. np. Ferme (2007) 180-186.

⁸² Bernardus Papiensis (1860) lib. 1, tit. 26, § 4, 21.

⁸³ Tekst kanonu w *Breviarium* (Bernardus Papiensis (1576) 1.26.1, fol. 20rb): „Antigonus Episcopus Maturensis dixit: gravem iniuriam patior, et credo dolere sanctitatem vestram, et contumeliam meam computare communem iniuriam. Optantius cum se repraesentaret, pactum mecum habuit, sed divisum est, ut in se illiciat populorum imperitorum animos contra disciplinam, et contra evangelicam traditionem, contra pacis placita, nam si hoc sibi posse contingere arbitraretur, nunquam profecto in fratrem aliquis diliquisset. Unde, aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Universi dixerunt: Pax servetur: pacta custodiantur”.

⁸⁴ Molano (2004); Raymundus de Pennaforte BBG.

⁸⁵ Seuffert (1881) 47-48.

oryginalnego kanonu pozostała tylko wypowiedź Antygona (w oryginale były to słowa przewodniczącego synodowi biskupa Gratusa) na temat trwałości umów i kary kościelnej za nie dostosowanie się do tego wymogu oraz rozstrzygnięcie ojców synodalnych na temat pokoju i umów⁸⁶. W ten sposób z jednej strony tekst nabral charakteru generalnego, z drugiej zaś stracił na klarowności. Kanoniści różnie podchodzili z tego względu do jego interpretacji, spierając się np. o to, czy należy brać po uwagę także tekst usunięty lub czy okoliczności faktyczne miały znaczenie dla jego interpretacji⁸⁷.

Podobnie jak w przypadku c. *Quicumque suffragio*, tak i c. *Antigonus* stał się tekstem, na którym ogniskowała się refleksja kanonistów związana ze stanowiskiem Kościoła wobec umów. Poza tym jednak, że to glosy, komentarze i lektury do tego kanonu były kluczowym miejscem formułowania doktryny o związaniu umową, można dodać, że pojawiał się on w takim kontekście także u innych autorów, np. u Guido de Baysio w *Rosarium Decretorum* czy u Nicolausa de Ausimo (zm. ok. 1453)⁸⁸ w *Supplementum*⁸⁹. Sięganie do tego tekstu potwierdza jego rolę jako autorytatywnego źródła prawa, na którym kanoniści opierali swój wykład prawa umów.

Obok powyższych dwóch kluczowych tekstów kanoniści korzystali także z innych, np. z c. *Psalmista* (D.23, c.20). Pochodził on z IV synodu w Kartaginie⁹⁰, choć w *Dekrecie* był przypisany do synodu w Toledo razem z kilkoma sąsiadującymi kanonami, podobnie jak zostało to uczynione już w *Panormii*. Kanon ten dotyczył funkcji liturgicznej psalmisty, a w szczególności podkreślał, że psalmista miał baczyć, by była zgodność między tym, co śpiewał, a tym, w co wierzył i co czynił. Wspomnieli go w swoich komentarzach np.

⁸⁶ Pelen tekst kanonu wg edycji Friedberga – tekst pisany kursywą został usunięty przez Rajmunda (X 1.35.1): „Antigonus episcopus Madaurensis dixit: *Gravem iniuriam patior, et credo, dolere sanctitatem vestram contumeliam meam et computare communem iniuriam. Optantius quum se repraesentaret, pactum mecum habuit et divisimus [plebes; manuscRIPTIONES nostrae tenentur et pittacia. Contra hoc pactum circuit plebes mihi attributas, et usurpat populos, ut illum patrem, me vitricum nominent. Gratus episcopus dixit: Factum hoc dolendum est,] ut in se illiciat populorum imperitorum animas contra disciplinam, contra evangelicam traditionem, contra pacis placita. Nam si id sibi posse contingere arbitraretur, nunquam profecto in fratrem aliquis deliquisset. Unde Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus, si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur*”.

⁸⁷ Tytułem przykładu: *Glossa ordinaria* (Bernardus Parmensis (1582) gl. ad X 1.35.1, sv. pacta custodiantur, col. 440) ograniczała zastosowanie doktryny opartej na c. *Antigonus* do umów między biskupami (gdyż ich dotyczył kanon synodalny), ale później kanoniści podnosili, że tekst ten dotyczył także świeckich, a więc abstrahowali od stanu faktycznego leżącego u podstaw wydawnego rozstrzygnięcia (np. Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, in gl. pacta custodiantur, sv. episcopus, num. 2, fol. 138ra).

⁸⁸ Teetaert (1931) 628-631; Michaud-Quantin (1962) 62-64; Pellegrini (2013); BBG Nicolaus de Ausimo.

⁸⁹ Guido de Baysio (1481) ad C.12, q.2, c.66, in gl. promiserint, sv. videtur quod, s.f.; Nicolaus de Ausimo (1474) sv. lex et constitutio, s.f.

⁹⁰ Bruns (1839) 1.142.

Goffredus i Hostiensis, dla których służył on podkreśleniu tego, że od chrześcijanina wymaga się takiej właśnie spójności słów, myśli i czynów⁹¹.

Znaczenie doktrynalne miały oczywiście kanony soborowe, zwłaszcza starożytnego pochodzenia, ale nie wpłynęły one istotnie na poglądy kanonistów dotyczące zaskarżalności umów. Zdarzały się kanony poświęcone kwestiom prawa umownego, ale tylko marginalnie traktowały one o zagadnieniach związanych ze swobodą umów. Tytułem przykładu można wskazać c. *Plerique* (X 1.35.6) uchwalony na IV Soborze Laterańskim, który piętnował nadużycia związane z umowami przenoszącymi prawo do dziesięciny jako wyrastające z korzenia chciwości. Był to zatem typowy przypadek kreślenia przez prawo kanoniczne granic dla kształtującej się doktryny swobody umów⁹².

Przywołane przykłady pokazują, że przez kanonistów średniowiecznych kanony synodalne były traktowane instrumentalnie, ale w zgodzie z prawniczą metodą naukową epoki. Najpierw służyły one jako pretekst do szerszej refleksji dotyczącej problematyki odległej od stanu faktycznego, który był podstawą decyzji synodu. Później zaś, kiedy wystarczyło samo przywołanie stosownego kanonu dla poparcia określonej tezy nie akcentowali oni waloru prawnego tych tekstów i nie wyjaśniali szczegółowo ich treści, lecz odsyłali do nich jako do adekwatnych *auctoritates*. Kanoniści nie mieli także narzędzi by zweryfikować autentyczność dostępnych tekstów, lecz przyjmowali ją w oparciu o kompilacje, w których teksty te zostały zawarte, zwłaszcza gdy kompilacje miały charakter urzędowy, jak w przypadku promulgowanych przez papieża *Dekretalów* – wartość zebranych w nim kanonów wynikała z tego, że zostały podane mocą władzy papieża Grzegorza IX. Często mogło to prowadzić do pomyłek (jak choćby w przypadku c. *Psalmista*), jednak ze względu na takie właśnie instrumentalne traktowanie tych tekstów nie miało to wpływu na ich oddziaływanie oraz na konstruowanie wyводу przez kanonistów. Z tego względu także bardziej szczegółowe badanie zgodności tekstu wykorzystywanego przez kanonistów z tekstem oryginalnym jest niecelowe, a przynajmniej ma niewielkie znaczenie dla celu tych badań. Z perspektywy współczesnego obserwatora, przyzwyczajonego do szczegółowej krytyki tekstu oraz pozytywistycznego podejścia do źródeł prawa postawa kanonistów względem źródeł może wydawać się zaskakująca, jakkolwiek trudno odmówić jej konsekwencji i efektywności.

⁹¹ Goffredus de Trano (1519) ad X 1.35, num. 6, fol. 60vb; Hostiensis (1512) ad X 1.35.3, sv. promittuntur, fol. 184vb.

⁹² Alexandrowicz (2018a). Zwalczanie chciwości nie było jednak charakterystyczne tylko dla prawa kanonicznego – także w prawie rzymskim były obecne tego typu regulacje, zob. np. Pikulska-Robaszkiewicz (1999).

1.2.4. Ojcowie Kościoła i listy papieskie

Większość uwag dotyczących ustawodawstwa synodalnego zachowuje swą aktualność także w przypadku wyimków z pism Ojców Kościoła, poza oczywiście samą naturą tego źródła⁹³. Teksty patrystyczne stanowiły znaczną część zebranego przez Gracjana dawnego prawa (w *Dekrecie* zebrał on 1200 takich tekstów, z których 1022 było autentycznych), a przez to stały się podstawą klasycznej kanonistyki, zwłaszcza w okresie dekretystów⁹⁴.

Komentarze Ojców Kościoła traktujące ogólnie o kłamstwie stanowiły tło dla bardziej precyzyjnych rozważań, które często były opisami problematycznych stanów faktycznych⁹⁵. W pewnym sensie doktryna średniowieczna nie mogła zaistnieć bez literatury patrystycznej, która jednoznacznie wypowiadała się na temat moralnego obowiązku dotrzymywania danego słowa w różnych kontekstach⁹⁶. Jednoznaczne wyjaśnienie tego chrześcijańskiego nakazu przez Ojców Kościoła położyło fundament pod jednakową ocenę moralną czynów jemu przeciwnych przez teologów i kanonistów średniowiecznych.

Wypada wskazać kilka kanonów, które w szczególny sposób wpłynęły na rozwój doktryny kanonistów na temat zaskarżalności wszystkich umów. Pierwszy z nich to *c. Iuramenti*, o którym była już mowa w kontekście cytatów biblijnych. Różnie oznaczano autora tego fragmentu, tzn. początkowo stosowane odesłanie *Chrysostomus* mogło być mylące, ponieważ tekst ten nie pochodził od św. Jana Chryzostoma, lecz od zachodniego Ojca Kościoła św. Chromacjusza z Akwilei. Rozważania na temat braku różnicy między przysięgą a zwykłą mową, które Gracjan uznał za istotne dla analizowanej kwestii dotyczącej krzywoprzysięstwa, zostały zaczerpnięte z komentarza Chromacjusza do piątego rozdziału Ewangelii wg świętego Mateusza, w którym Jezus odniósł się do tego zagadnienia⁹⁷. Wskazanie na ten kanon było typowym elementem kanonistycznych komentarzy, traktujących o zaskarżalności gołych umów. Co więcej, to właśnie ten kanon został przez Johannes Teutonicus powiązany z nową instytucją procesową, analogiczną do rzymskiej

⁹³ Zostały one omówione w dalszej kolejności głównie ze względu na to, że pierwszy kanon synodalny o znaczeniu istotnym dla badanej kwestii pochodził z 348 r. (z synodu w Kartaginie - *c. Antigonus*), zaś pierwszy istotny tekst patrystyczny to fragment pióra autora urodzonego ok. 345 r. (Chromacjusz z Akwilei - *c. Iuramenti*), a więc późniejszy. Oczywiście generalnie wcześniej oddziaływać na kształt teologii zaczęli pisarze kościelni niż synody, ale akurat w tym konkretnym przypadku uzasadnione było ujęcie w takiej kolejności.

⁹⁴ Landau (2008) 28-29; Munier (1957) 205.

⁹⁵ Zob. np. Wojciechowski (2008) 137.

⁹⁶ Seuffert (1881) 45-46; Scigliano (2007) 129-131. Szerzej o tekstach Ojców Kościoła w tym kontekście zob. Spies (1928) 4-15; Roberti (1935) 104-109.

⁹⁷ PL 20, 352.

conditio ex lege. Istnienie zobowiązania na podstawie samej tylko gołej umowy oparł on na *conditio ex canone*, zaś tym kanonem był właśnie fragment z komentarza Chromacjusza⁹⁸.

Drugi istotny fragment patrystyczny, na który chętnie powoływali się kanoniści to c. *Quia Johannes* (C.12, q.5, c.3). Pochodził on z listu św. Grzegorza Wielkiego do biskupa Ravenny⁹⁹, a dla kanonistów stanowił jasne świadectwo wagi złożonej obietnicy, nawet w obliczu śmierci tego, który obietnicę przyjął. Sięgnęli do niego m.in. Huguccio, Teutonicus, Goffredus czy Hostiensis¹⁰⁰. Podobną funkcję pełnił c. *Qualiter* (X 1.35.3), który również był fragmentem listu papieża Grzegorza, tym razem kierowanego do Januariusza, biskupa Cagliari¹⁰¹. Rajmund z listu papieskiego wykorzystał tylko jedno zdanie zupełnie pozbawiające go kontekstu, jakim były lokalne nadużycia możnych, wykorzystujących słabszą pozycję ubogich. Papież w liście wyraził bowiem życzenie, by gorliwie zabiegano o wypełnianie obietnic i właśnie to jedno zdanie trafiło do kompilacji Rajmunda, a zostało wykorzystane choćby w komentarzu Panormitanusa¹⁰². Obok tych trzech najważniejszych tekstów pojawiały się także inne fragmenty z pism Ojców Kościoła, np. inne listy Grzegorza Wielkiego czy wyimki z pism Augustyna.

Można zauważyć ogólnie, że szereg z tekstów patrystycznych stanowiły wyjątki z listów papieskich kierowanych do różnych adresatów, którzy wystąpili z pytaniem do biskupa Rzymu. O ile starożytne teksty tego typu należy raczej łączyć ze źródłami patrystycznymi, o tyle średniowieczne listy papieskie co najmniej od XI w. zostały uznane za szczególnie istotne źródło prawa, zaś od XII w. stały się kluczowym źródłem prawa kanonicznego¹⁰³, jako dekretały. Przykładowo uznano, że pisma papieskie miały szczególny walor autorytetu w przypadku wątpliwości dotyczącej autentyczności źródeł prawa: to, co zostało zatwierdzone przez papieża, winno być uznane przez wszystkich¹⁰⁴. Od XII w. datuje się okres bardzo intensywnej działalności prawotwórczej papieży, której podstawowym przejawem były dekretały zawierające odpowiedzi na przedstawione pytania prawne. Było to zjawisko

⁹⁸ Johannes Teutonicus (1582) ad C.12, q.2, c.66, sv. promiserint, col. 1345: „Quod verum est et potest dici quod competit actio ex nuda promissione scilicet conditio ex canone illo infra 22 q.2 iuramenti [C.22, q.5, c.12]”.

⁹⁹ PL 77, 794C-795A.

¹⁰⁰ Huguccio Pisanus (1188) ad C.12, q.2, c.66, sv. oportebit absolvere, fol. 194rb; Johannes Teutonicus (1582) ad C.22, q.5, c.12, sv. distantiam, col. 1703-1704; Goffredus de Trano (1519) ad X 1.35, num. 6, fol. 60vb; Hostiensis (1574) ad X 1.35, num. 6, col. 372.

¹⁰¹ PL 77, 1095B-1096A.

¹⁰² Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, num. 5, fol. 138rb.

¹⁰³ Zob. np. Sobański (2006) 52; Pennington (2008) 293-295. Roberti (1935) 109-115 połączył w swoim wywodzie pisma starożytnych papieży z dokumentami starożytnych synodów, a nie z pismami Ojców Kościoła, co także jest uzasadnione.

¹⁰⁴ Schrage (1992) 87.

analogiczne do działalności prawotwórczej rzymskich cesarzy. Indywidualne rozstrzygnięcia papieskie następnie stawały się przedmiotem analiz kanonistów i w ten sposób kształtowały średniowieczną kanonistykę, to zebrane dekretały stanowiły trzon kompilacji źródeł, jak choćby było w przypadku *Liber extra*. Trudno jednak wskazać konkretne średniowieczne dekretały, które miałyby istotny wpływ na rozwój doktryny o zaskarżalności gołych umów, z wyjątkiem może c. *Novit ille* (X 2.1.13), czyli listu Innocentego III, który stał się podstawą dla innego środka procesowego służącego skłonieniu do przestrzegania umowy, czyli *denuntiatio evangelica*¹⁰⁵.

1.2.5. Prawo cywilne

Z perspektywy prawa kanonicznego ogólnym terminem *ius civile* nazywa się prawo państwowe każdego rodzaju, a więc i prawo cywilne we właściwym znaczeniu tego terminu tj. *ius privatum*, i prawo karne, i administracyjne, itd. Warto zwrócić uwagę na rolę prawa rzymskiego oraz rolę praw narodowych w kontekście rozwoju kanonistycznej doktryny o związaniu danym słowem.

Relacje między prawem rzymskim a prawem kanonicznym datują się od początku istnienia Kościoła, ale ich kształt i charakter zmieniały się na przestrzeni wieków¹⁰⁶. Dość stwierdzić, że doktryna kanonistów powstała w kręgu silnego oddziaływania prawa rzymskiego. W pewnym sensie stanowisko prawa rzymskiego wobec umów niezaskarżalnych było wyjściową przyczyną rozwoju odmiennej teorii w kanonistyce, co zostało wzmiankowane wyżej w uwagach ogólnych. Z natury rzeczy teoria kanonistów formułowana była w opozycji do prawa rzymskiego, co oczywiście w żadnym razie nie oznaczało braku odniesień do rzymskich źródeł. Kanoniści często i chętnie korzystali z tekstów kompilacji justyniańskiej, formułując szczegółowe postulaty dotyczące zaskarżalności umów. Chętnie przywoływali oni klasyczne sformułowania prawa rzymskiego, choćby słynne pretorskie *pacta conventa (... servabo* (Dig. 2.14.7.7). Niekiedy odsyłali do prawa rzymskiego pokazując granice jego stosowania w zakresie umów¹⁰⁷. Przy okazji komentowania tytułu *De pactis* w *Liber extra* często kanoniści prezentowali szerzej problematykę prawa umów np. przedstawiając rozbudowane wyliczenia umów, które rodziły w prawie rzymskim skargę; wyjaśniając koncepcję *vestimenta pactorum* kanoniści sięgali tak do źródeł rzymskich jak i do

¹⁰⁵ Zob. niżej, 1.3.2.2.

¹⁰⁶ Zob. np. Gottschalk (1866); Portemer (1946); Feine (1956); Gaudemet (1957); Legendre (1964); Dębiński (2007); Alexandrowicz (2014).

¹⁰⁷ Np. Bernardus Parmensis (1582) gl. ad X 1.35.1, sv. *pacta custodiantur*, col. 440: „licet sit contra secundum leges ff de pact. l. iurisdictionum § quinimmo [Dig. 2.14.7.5]”. Zob. ogólną refleksję – Dalla (2008).

średniowiecznego piśmiennictwa glosatorów i komentatorów¹⁰⁸. Kanoniści mieli jednak świadomość, że ich doktryna nie jest zgodna ze źródłami rzymskimi i ten rozdzźwięk stanowił dla nich pewien problem, dlatego czynili oni wysiłki, by swoją koncepcję doktrynalną przedstawić jako spójną z prawem rzymskim. Bodaj najlepszym przykładem takiej praktyki była teoria *vestmentum roboris iuris canonici*, wedle której skoro prawo kanoniczne uznawało także gołe umowy, to wszystkie umowy były równo ubrane¹⁰⁹. Dzięki tej teorii nie była konieczna frontalna konfrontacja z utrwaloną już doktryną *vestimenta pactorum* (spopularyzowaną przez Placentinusa w jego *Summa Codicis* z lat 70-tych XII w.¹¹⁰), ale można było ją twórczo zreinterpretować uwzględniając w jej ramach podejście prawa kanonicznego. Przykładowo Franciscus Zabarella (1360-1417)¹¹¹ w swoim traktacie przedstawił pogłębioną analizę możliwych interpretacji c. *Antigonus*, w której wiele miejsca poświęcił kwestii jego zgodności z prawem rzymskim¹¹².

Niewątpliwie kanoniści znali dobrze źródła rzymskie, ale dalecy byli od przejmowania wszystkich rzymskich rozwiązań wprost do prawa kanonicznego. Prawo rzymskie miało wprawdzie w Kościele status zbliżony do pomocniczego źródła prawa, jednak jego recepcja dokonywała się stopniowo, w ograniczonym zakresie i w ramach kryteriów ustalanych przez prawodawcę i doktrynę. Otwarcie na stosowanie prawa rzymskiego w przypadku luki prawnej zostało w jednoznaczny sposób wyrażone przez papieża Lucjusza III w dekretale *Intelleximus* (X 5.32.1)¹¹³. Uznał on, że „tak jak prawa ludzkie nie powinny wzbraniać się naśladowania świętych kanonów, tak też i postanowienia świętych kanonów doznają wsparcia ze strony postanowień dawniejszych władców”¹¹⁴. Na podstawie tego tekstu oraz wielu innych źródeł prawa kanonicznego kanoniści wypracowali złożone zasady określające możliwość zastosowania wprost prawa rzymskiego na forum kościelnym¹¹⁵. Nie inaczej było w kwestii zaskarżalności umów, gdzie kanoniści przyjmowali rzymską siatkę pojęciową oraz gros rozwiązań szczegółowych, ale rezerwowali sobie prawo do korygowania tych elementów rzymskiej doktryny, które uznali za niemożliwe do pogodzenia z chrześcijańskimi wymogami

¹⁰⁸ Np. Hostiensis (1574) ad X 1.35, num. 3, col. 363-372.

¹⁰⁹ Spies (1928) 74. Zob. Baldus de Ubaldis (1578) ad X 1.35.1, sv. *pacta custodiantur*, num. 5, fol. 122ra: „tu canonista addis ad *vestimenta pactorum unum vestimentum quod appellatur vestimentum roboris*”.

¹¹⁰ Zob. np. Dilcher (1960) 277-278; Roussier (1933) 75-84.

¹¹¹ Zonta (1915); Domingo (2004b); BBG Franciscus Zabarella.

¹¹² Franciscus Zabarella (1558) ad X 1.35.1, num. 3, fol. 296va-296vb.

¹¹³ Zob.; Insadowski (1939) 112; van Hove (1945) 461; Le Bras (1960) 199; Munier (1965) 949; Dębiński (2007) 93; Dębiński (2008) 65.

¹¹⁴ X 5.32.1: „sicut *humanae* leges non dedignantur sacros canones imitari, ita et sacrorum statuta canonum *priorum* principum constitutionibus adiuvantur” – tłum. Dębiński (2007) 88.

¹¹⁵ Alexandrowicz (2018b); Alexandrowicz (2018c).

moralnymi. W swoich komentarzach dotyczących prawa umów regularnie przy tym przywoływali c. *Intelleximus* jako właściwy punkt odniesienia w zakresie uzgadniania obojga praw¹¹⁶.

W zakresie koncepcji zaskarżalności wszystkich umów kanoniści nie traktowali więc prawa rzymskiego jako istotnego źródła dla swojej doktryny, raczej uznawali je za fundament koncepcji przeciwnej, która była przyjmowana przez glosatorów i komentatorów. Koncepcja kanonistów natomiast wyrastała wprawdzie z rzymskiego rozumienia kontraktów i umów, ale w kluczowym punkcie została oparta na innych argumentach, a więc także na innych źródłach.

Poza prawem rzymskim kanoniści zwracali także uwagę, że podobne do ich własnego podejście do gołych umów prezentowało np. prawo Królestwa Kastylii. Guido de Baysio zauważył, że wprawdzie Kastylijczycy nie przyznawali skargi z tytułu gołej umowy, ale dla było dla nich oczywiste, że trzeba unikać składania próżnych obietnic¹¹⁷, a później Felinus Sandeus (1444-1503)¹¹⁸ zacytował jego obserwację¹¹⁹. Były to jednak wzmianki o znaczeniu marginalnym dla powstawania doktryny ogólnej zaskarżalności umów. Podobnie brak dowodów by uznać za istotny argument na rzecz zaskarżalności umów gołych praktykę kupieckich stosunków handlowych, choć przywołał ją w swoim komentarzu np. Baldus¹²⁰, przez co niekiedy także ten wątek wracał u późniejszych autorów. Kanoniści byli więc świadomi tego, że argument „komparatystyczny” na rzecz zaskarżalności wszystkich umów był w zasięgu ręki, ale z ich perspektywy nie przedstawiał on większej wartości.

1.2.6. *Communis opinio canonistarum*

Warto wskazać także powszechną opinię uczonych jako istotne źródło, na którym kanoniści opierali swoje rozważania¹²¹. Status opinii uczonych jako źródła prawa jest

¹¹⁶ Zob. np. Petrus de Ancharano (1581) ad X 1.35.1, num. 6, 316; Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, in glo. pacta custodiantur, sv. inter episcopos, num. 8, fol. 232va; Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, num. 5, fol. 138rb.

¹¹⁷ Guido de Baysio (1481) ad C.12, q.2, c.66, in gl. promiserint, sv. promissione, s.f.: Adde hoc non habet locum apud cathelanos apud quos non datur actio ex promisso teneri tamen debet cathelanus qui vanis promissionibus et inutilibus invitationibus detinent viatorem saltem de dolo ff. si quis cau. si actio [Dig. 2.11.3]. Secundum Vin. qui ita no. extra in proemio rex pacificus [X proemium]”.

¹¹⁸ Hilling (1904); García y García (2004); BBG Felinus Sandeus.

¹¹⁹ Felinus Sandeus (1570) ad X 1.35.1, num. 14, col. 1260.

¹²⁰ Baldus de Ubaldis (1578): ad X 1.35.1, sv. pacta custodiantur, num. 8, fol. 122ra: „Ex pacto etiam nudo agunt mercatores et numularii inter se (...) et si artifices faciunt statutum inter se quod agatur ex nudo pacto, tale statutum valet”.

¹²¹ Do dziś zresztą stała i powszechna opinia uczonych może stać się źródłem normy w prawie kanonicznym w przypadku luki prawnej; zob. kan. 19 KPK: „Jeśli w określonej sprawie brak wyraźnej ustawy, powszechnej lub partykularnej, albo prawa zwyczajowego, sprawa – z wyjątkiem karnej – winna być

zagadnieniem złożonym, daleko wykraczającym poza *ius commune*, wszak już w Rzymie niekiedy opinie jurystów miały charakter normatywny¹²². Ważne dla kształtowania normatywnego charakteru opinii uczonych były różne czynniki, np. wielokrotne powtórzenie czy próby obiektywizacji¹²³. W średniowieczu kwestia ta była przedmiotem wielowątkowej dyskusji między prawnikami, którzy starali się ustalić choćby to jakie są kryteria uznania opinii doktorów za wiążącą, czy też jakie sankcje wiążą się z rozstrzygnięciem sprawy przez sędziego wbrew takiej opinii¹²⁴.

Wydaje się, że od około XIV w. można mówić o ustalonym wśród kanonistów stanowisku w zakresie sposobu zaskarżalności gołych umów: uczeni generalnie zaakceptowali propozycję Laurentiusa i Teutonicusa, by umowy gołe zaskarżać za pomocą *condictio ex canone*¹²⁵. Wśród autorów z pierwszej połowy XIV w., którzy przyjęli taki sposób zastosowania zasady *ex nudo pacto oritur actio* można wymienić Guido de Baysio, Henricusa Bohicusa (ok. 1310-ok. 1350)¹²⁶ czy Jana Andrzejowego¹²⁷. Klarowne sformułowanie odwołujące się do powszechnej opinii kanonistów zawarł w swoim komentarzu do *Dekretalów* Baldus de Ubaldis, wskazując, że według kanonistów zaskarżalność umów opierała się na słuszności naturalnej¹²⁸. Alternatywą wobec opinii dominującej była koncepcja zaproponowana przez Huguccio, czyli możliwość odwołania się do urzędu sędziego, a potem przedstawiona w nowym ujęciu przez Innocentego IV (?-1254)¹²⁹ jako *denuntiatio evangelica*. W związku z tym, że autorytet tego ostatniego był znaczący, kanoniści przez przeszło dwa stulecia uwzględniali w swoich komentarzach ten rozdzwięk w doktrynie.

W XIV w. opinia kanonistów na temat zaskarżalności gołych umów była jednolita, tzn. uznawali oni, że skutecznym narzędziem praktycznej realizacji tego postulatu jest skarga z *c. Iuramenti*. O ile opinia ta w zakresie ogólnego stanowiska doktryny się nie zmieniała,

rozstrzygnięta z uwzględnieniem ustaw wydanych w podobnych sprawach, ogólnych zasad prawnych z zachowaniem słuszności kanonicznej, jurysprudencji, praktyki Kurii Rzymskiej oraz powszechnej i stałej opinii uczonych”; zob. Alexandrowicz (2013).

¹²² Zob. np. Kolańczyk (2007) 48-59; Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bérier (2018) 74-75.

¹²³ Zob. np. Dajczak (2013b).

¹²⁴ Zob. np. Caron (1972) 103-118; Leveux-Teixeira (2002) 171-184.

¹²⁵ Spies (1928) 72; Scigliano (2007) 134-135.

¹²⁶ BBG Henricus Bohicus.

¹²⁷ Spies (1928) 72-82; Guido de Baysio (1481) ad C.12, q.2, c.66, in gl. promiserint, sv. videtur quod, s.f.; Johannes Andreae (1612) ad X 3.34.6, t. 3, num. 15, fol. 170va; Henricus Bohicus (1576): ad X 1.35.1, num. 1, 145.

¹²⁸ Baldus de Ubaldis (1578): ad X 1.35.1, sv. pacta custodiantur, num. 8, fol. 122ra: „Ecce secundum communem opi. canonistarum et veram, quia ad roborandum pactum sufficit aequitas naturalis impulsiva causa subsistente”.

¹²⁹ De la Hera (2004); BBG Innocent IV.

związanie gołą obietnicą czy też umową było bowiem przez kanonistów powszechnie przyjęte, o tyle wiek XV przyniósł rozdzwitek w kwestii zastosowania tej doktryny w praktyce¹³⁰. Kanoniści referując doktrynę powstałą na marginesie c. *Antigonus* regularnie odwoływali się do powszechnej opinii uczonych. Odmienne od przyjętego stanowiska w zakresie przysługującego środka procesowego przedstawili Franciscus Zabarella i Johannes de Imola (ok. 1372-1436)¹³¹. Pierwszy z nich szeroko zreferował poglądy przedstawiane przez innych pisarzy, ale sam ich nie podzielił, lecz raczej wskazał odrębną argumentację, w świetle której to *officium iudicis* było najbardziej adekwatnym środkiem, który przysługiwał stronom umowy gołej¹³². Podobnie Johannes de Imola porównał koncepcję najbardziej popularną z tymi, które opracowali Innocenty IV i Zabarella¹³³. Choć sam nie opowiedział się jednoznacznie za żadną z nich, nie przeszkodziło mu to w początkowych uwagach do tegoż kanonu opisać jaka była treść *communis opinio* w zakresie zaskarżalności gołych umów na podstawie c. *Antigonus*¹³⁴. Widać na tym przykładzie, że choć w XV w. niektóre elementy doktryny kanonistycznej były krytykowane, to jednak opinia doktorów co do ogólnego postulatu dopuszczalności zaskarżania wszystkich umów była już utrwalona. Przykładowo autorami z końca XV w., którzy za tą opinią dominującą podążyli, choć wspomnieli o opinii mniejszościowej, byli Angelus Carletus de Clavasio (1411-1495)¹³⁵ i Felinus Sandeus¹³⁶.

W ten sposób doktryna kanonistów poza uzgodnieniem spójnego stanowiska w opozycji do poglądów prawa rzymskiego i jego średniowiecznych luminarzy stała się także dodatkowym punktem oparcia dla kolejnych autorów. W zasadzie biorąc pod uwagę status *communis opinio* jako źródła prawa, spójne i utrwalone nauczanie wielu kanonistów stało się autonomiczną podstawą tej doktryny. Oczywiście, kanoniści by ją uzasadniać sięgali do kluczowych tekstów źródłowych, ale wydaje się, że faktyczne oparcie dla podtrzymywania

¹³⁰ Spies (1928) 95.

¹³¹ Pérez Martín (2004a); BBG Johannes de Imola.

¹³² Franciscus Zabarella (1558) ad X 1.35.1, num. 3, fol. 296va: „prima tamen lectura fuit hactenus tanta (teneta?) per multos, sed secunda minus habet scrupuli. Et ex ea nota quod de iure canonico et naturali non competit actio: sed officii imploratio”.

¹³³ Spies (1928) 106-113.

¹³⁴ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, num. 1, fol. 232va: „Sed secundum hoc videtur quod tex. iste necessario non probat: quia ex pacto nudo detur actio de iure canonico: licet communiter teneatur oppositum: ut tangit glo. 1 hic in fi. [gl. pacta custodiantur ad X 1.35.1] et tangetur super illa, et per opi. communi facit inquantum hic mandat servari pacta”; in glo. pacta custodiantur, sv. inter episcopos, num. 8, fol. 232va: „ideo non videtur tex. probare opi. glo. sed opi. glo. communiter tenetur per canonistas unde illam etiam tenet Vin. Goff. et Hosti. et etiam Archi. in c. quicumque suffragio [C.12, q.2, c.66] alleg. in glo. et in c. iuramenti [C.22, q.5, c.12], moventur per rationes glos. tactas”.

¹³⁵ Michaud-Quantin (1962) 99-101; Pezzella (1977); BBG Angelus Carletus de Clavasio.

¹³⁶ Angelus Carletus de Clavasio (1578) sv. pactum, num. 5, 202; Felinus Sandeus (1570) ad X 1.35.1, num. 4-6, col. 1253-1256.

tezy o wiążącej mocy wszystkich umów znajdowali w pierwszym rzędzie w *communis opinio canonistarum*. Autorytet samych uczonych wystarczył bowiem do obrony tej doktryny na forum kanonicznym, pomimo tego, że była ona niezgodna z poglądami innych uczonych, tj. doktorów prawa. Stało się tak z tego powodu, że *communis opinio* w pewnym sensie konsumowała pozostałe źródła – to jedna z cech metody prawniczej, kiedy uogólnieniu towarzyszy wzmocnienie waloru normatywnego ogólnych reguł. Warto wspomnieć, że w komentarzach kanonistów pojawiały się także odesłania do innych autorytetów, choćby do doktorów prawa cywilnego czy do teologów, ale nie miały one takiego znaczenia jak oparcie na *communis opinio*.

1.2.7. Wnioski

Z krótkiej prezentacji źródeł prawa kluczowych dla rozwoju kanonistycznej doktryny wynika, że faktycznie stanowiły one istotną przesłankę jej ukształtowania. Zaskarżalność wszystkich umów nie wynikała wprost z kościelnej ustawy, nie była owocem stworzenia ogólnej koncepcji konsensu stron jako podstawy zobowiązania, ani nie została sformułowana na marginesie rozważań teologicznych o moralnej naganności kłamstwa¹³⁷. Dopiero połączenie różnych elementów dało podstawę dla opracowania koncepcji odmiennej od stanowiska prawa rzymskiego. Zebrane razem źródła, tj. Pismo Święte i jego reinterpretacja przez Ojców Kościoła, ustawodawstwo synodalne i listy papieskie, a także teksty rzymskie, dały dostateczną podstawę, by można było zbudować koncepcję związania danym słowem ze skutkami prawnymi. Było to ujęcie w sposób ogólny wcześniej formułowanych *ad casum* wniosków co do dosłownego rozumienia wierności danemu słowu w różnych tekstach. Autorytet tych różnych źródeł umożliwił kanonistom zaproponowanie nowego rozwiązania, a potem jego utrwalanie i pogłębianie poprzez przyjęcie *communis opinio canonistarum* za punkt wyjścia dla dalszej refleksji. Wydaje się, że bez tych podstaw źródłowych albo tylko z niektórymi spośród nich, kanoniści nie zaproponowaliby doktryny tak bardzo niezgodnej z prawem rzymskim.

Wniosek ten prowadzi także do dalszej obserwacji. Mianowicie, to autonomiczność kanonistyki względem jurysprudencji świeckiej otworzyła możliwość sformułowania doktryny zbliżonej bardziej do modelu swobody umów niż nominalizmu kontraktowego¹³⁸.

¹³⁷ Fedele (1937) 69; Berman (1986) 109.

¹³⁸ Różnie można nazwać sposób regulacji zakresu swobody kontraktowania przez ustawodawcę. Zamiast mówić o nominalizmie i swobodzie umów, można także mówić albo o szczególnej albo o ogólnej kompetencji do kształtowania treści umów – zob. Radwański (1981) 362-363.

Autonomiczność zarówno co do źródeł, jak i co do metody pracy ze źródłami, ale i co do np. stawianych w ramach poszczególnych instytucji wymogów formalnych¹³⁹. Argument oparty na odwołaniu do źródeł prawa nieuznawanych przez prawników świeckich odegrał kluczową rolę w opracowaniu przez kanonistów doktryny *ex nudo pacto oritur actio* – nie był on argumentem najważniejszym, ale bez niego bardzo mało prawdopodobne byłoby w ogóle jej powstanie. W następnych podrozdziałach wskazane tutaj źródła, które dla kanonistów miały charakter normatywny, zostaną poddane bardziej szczegółowej analizie z uwzględnieniem ich roli dla opracowania pozostałych argumentów na rzecz zaskarżalności umów gołych.

1.3. ARGUMENT TEOLOGICZNY

1.3.1. Uwagi wprowadzające

Średniowieczna kanonistyczna doktryna zaskarżalności wszystkich umów została oparta w szczególności na argumentie konieczności unikania sytuacji zagrożenia grzechem, za jaką w świetle chrześcijańskiej moralności uchodziło złamanie danego słowa, niezależnie od formy, w jakiej słowo to zostało wyrażone¹⁴⁰. Argument ten miał oparcie w podstawowych źródłach średniowiecznego prawa kanonicznego, mianowicie w Piśmie Świętym, starożytnych tekstach chrześcijańskich oraz listach papieskich. Argument teologiczno-moralny, który został odkryty i rozwinięty przez kanonistów w naturalny sposób wyrósł z interpretacji dostępnych im tekstów źródłowych oraz ich konfrontacji z ówczesną interpretacją justyniańskiej kompilacji w zakresie zaskarżalności gołych umów. W istocie argument ten nie był rozbudowany, ale ze względu na to, że pośrednio tyczył się wielu zagadnień zarówno prawnych, jak i teologicznych, z czasem został on przez kanonistów pogłębiany. Wydaje się, że można przedstawić linearny rozwój chronologiczny tego argumentu, który doprowadził do jego ugruntowania w doktrynie i ukształtowania *communis opinio* co do jego znaczenia dla nowej zasady.

Moralna naganność kłamstwa wywierała negatywne skutki bezpośrednio, tj. popełnienie grzechu (i to grzechu śmiertelnego) osłabiało relację z Bogiem i pozbawiało grzesznika pełnego uczestnictwa w życiu wspólnoty, ale miała ona także efekt dalszy, można by rzec – eschatologiczny, którym było zagrożenie zbawienia takiego grzesznika. Z tego względu zostały wyodrębnione dwa podrozdziały: jeden poświęcony skutkowi

¹³⁹ Inaczej np. postrzegali kanoniści samą „skargę”, co nie było bez wpływu na doktrynę o „zaskarżalności” wszystkich umów; zob. Scigliano (2007) 127, przyp. 14.

¹⁴⁰ Bardzo jednoznacznie podkreślił to np. Fedele (1937) 39-42.

bezpośredniemu, drugi skutkowi eschatologicznemu, choć oczywiście były one ze sobą ściśle powiązane, a kanoniści nie oddzielali ich w ten sposób.

1.3.2. *Mortaliter peccat*

1.3.2.1. Odkrycie argumentu poprzez syntezę źródeł – Huguccio (ok. 1188 r.)

Połączenie doktryny o zakazie kłamstwa z problematyką zaskarżalności umów doprowadziło do odkrycia zasady swobody umów w zachodniej tradycji prawnej. Oczywiście, takie określenie tej problematyki jest anachroniczne i nie taki był zamierzony cel kanonistów, choć *de facto* taki właśnie skutek został w ramach ich doktryny osiągnięty. Wydaje się, że momentem przełomowym był w tym kontekście koniec XII w., kiedy został po raz pierwszy sformułowany argument teologiczno-moralny oraz został wzmocniony argument z autorytetu prawa poprzez odnalezienie c. *Antigonus*.

Pierwszy z nich został zawarty na kartach *Summa Decretorum* Huguccio z Pizy (?-1210), kanonisty bolońskiego, jednego z największych dekretystów i biskupa Ferrary. Kluczowy fragment monumentalnego dzieła, w którym słynny dekretysta podniósł kwestię zaskarżalności gołych obietnic, to glosa do c. *Quicumque suffragio* (C.12, q.2, c.66). Podobnie jak wiele kanonów synodalnych został on przez Gracjana umieszczony w *Dekrecie* w ramach prezentowania rozstrzygnięć dotyczących konkretnej kwestii. W tym wypadku *causa* traktowała o kwestiach majątkowych w Kościele¹⁴¹, zaś *questio* była poświęcona omówieniu licznych wyjątków od ogólnej zasady zakazu alienacji dóbr kościelnych¹⁴².

W pozbawionym szczegółów rozstrzygnięciu ojcowie synodalni orzekli, że osoba, która obiecała wynagrodzenie za wykonanie jakiejś czynności na rzecz Kościoła, mogła zostać uwolniona od tejsze obietnicy tylko poprzez jej wypełnienie. W tekście tym próżno byłoby szukać prawnej oceny zaistniałej sytuacji: ojcowie synodalni orzekli tylko na temat charakteru złożonej obietnicy i w ten sposób pośrednio nakazali jej wykonanie, czyli zapłatę obiecanego wynagrodzenia. Dodatkowym argumentem wzmacniającym wymowę tego rozstrzygnięcia był dodany na końcu cytat z 1 Tm 5,18: „Godzien jest robotnik zapłaty

¹⁴¹ C.12: „Quidam clerici propria relinquere uolunt; de suis et ecclesiae rebus testamenta conficiunt; de rebus ecclesiae nonnulla largiuntur. (Qu. I.) Modo primum queritur: Utrum clericis liceat proprium habere? (Qu. II.) Secundo, an res ecclesiae, que ab eis datae sunt, possint constare aliqua firmitate eis, qui eas acceperunt? (Qu. III.) Tertio, si ante tempus suae ordinationis, qui nichil habere uidebantur et post ordinationem aliqua inuenisse noscuntur, an possint ea quibus uoluerint, relinquere an non? (Qu. IV.) Quarto, si de suis et ecclesiae rebus aliqua acquisisse noscuntur, an utriusque communiter, an singulariter ecclesiae uel sacerdoti iure proueniant? (Qu. V.) Quinto, si testamenta eis liceat conficere?”.

¹⁴² C.12, q.2: „Nunc queritur, si sacerdotes aliqua de rebus ecclesiae dedisse noscuntur, an his, qui eas acceperunt aliqua firmitate constabunt? Quod res ecclesiae nullo modo distrahi possunt et distractae possideri, multis auctoritatibus probatur”.

swojej”¹⁴³. Wymowa tego kanonu była więc jednoznaczna, bowiem nakazywał on wierność danej obietnicy, jakkolwiek czynił to w oderwaniu od rzymskiego myślenia na temat umów.

Nie przeszkodziło to Huguccio w swojej glosie zawrzeć wielu uwag, które wpłynęły na późniejszą jurysprudencję w zakresie doktryny o związaniu danym słowem. Wydaje się, że to Huguccio pierwszy zinterpretował ten kanon synodalny w sposób jednoznacznie łączący go z zagadnieniem zaskarżalności gołych umów. W glosie do słowa *promiserint* podkreślił, że obietnica mogła być dokonana także gołymi słowy¹⁴⁴, zaś szerzej rozwinął tę kwestię w glosie do słów *oportebit absolvere*. Bez wątpienia pierwszą zasługą Huguccio dla powiązania tego tekstu z zaskarżalnością umów była zastosowana przez niego rzymska terminologia: użycie słów takich jak *stipulatio*, *obligare*, *civiliter*, *nudum pactum*, umieściło wyjaśniany kanon w nowym kontekście, mianowicie w kontekście średniowiecznej dyskusji wokół zaskarżalności *pacta nuda*. Najpierw wskazał on ogólnie, że choćby nie wystąpiła stypulacja, to powstanie zobowiązanie choćby z gołej umowy, czego potwierdzeniem miały być trzy inne kanony z *Dekretu*. Kanon *Quia Iohannes* (C.12, q.5, c.3) był wyimkiem z listu Grzegorza Wielkiego, w którym zabiegał on by złożona przez biskupa obietnica została zrealizowana przez jego następcę na stolicy biskupiej¹⁴⁵. W c. *Sunt quaedam* (C.17, q.1, c.1) św. Augustyn jasno wyraził, że to, co zostało ślubowane Bogu, było wiążące¹⁴⁶, zaś w c. *Viduas* (C.27, q.1, c.2) Grzegorz Wielki przytoczył fragment decyzji Innocentego I, który dotyczył związania złożonym ślubem czystości¹⁴⁷. W ten sposób dekretysta postawił fundament pod uzasadnienie twierdzenia, że także goła obietnica musiała być zachowana¹⁴⁸.

¹⁴³ C.12, q.2, c.66: „Quicumque suffragio cuiuslibet aliquid ecclesiasticae utilitatis prouiderint, et pro eo quodcumque commodum in remuneratione promiserint, promissi solutionem eos absolvere oportebit, ita ut ad concilium conprovinciale deferatur, ut eorum conuentu confirmetur, quia (sicut Paulus ait) dignus est mercenarius mercede sua”.

¹⁴⁴ Huguccio Pisanus (1188) ad C.12, q.2, c.66, sv. *promiserint*, fol. 194rb: „etiam nudis verbis”. Tekst *Summa* do c. *Quicumque suffragio* podano także w: Roussier (1933) 237, oparty na rękopisach 3891, 3892, 15398 z Biblioteki Narodowej w Paryżu; Bellini (1964) 282, przyp. 34, oparty na Vat. lat. 2280 z Biblioteki Watykańskiej. Dilcher (1960) 283 twierdził, że mogła to być interpolacja Bernarda z Pawii, ale wydaje się, że nie jest trafny pogląd: Péter (2012) 207.

¹⁴⁵ C.12, q.5, c.3: „Quia Iohannes quondam decessor tuus sepius a nobis expetiit, ut ea, que in monasterio illo contulerat, quod iuxta ecclesiam S. Apollinaris ipse construxerat, nostra debuissemus auctoritate firmare, et hec facturos nos esse promisimus, fraternitatem uestram necessarium preuidimus adhortandam, ut nichil de his, que illic contulit atque constituit, aliquo modo patiat inminui, sed omnia firma stabilitate studeat seruari. Huius igitur monasterii et collectarum illic rerum quia in testamento, quod condidit, fecisse noscitur mentionem, sciendum uobis est, non nos ideo ea confirmasse, quoniam supremam eius sequimur uoluntatem, sed quia hoc ei (sicut diximus) uiuenti promisimus. Hec itaque omnia sic sollicitate fraternitas uestra inplere festinet, quatinus et que in suprascripto monasterio constituit et a nobis sunt firmata seruentur, et illa, que in dampno dari uel fieri per testamentum suae decreuerit ecclesiae, nullam, prohibente lege, obtineant firmitatem”.

¹⁴⁶ C.17, q.1, c.1: „Sunt quedam, que etiam non uouentes debemus; quedam etiam, que nisi uouerimus, non debemus, sed postquam ea Deo promittimus, necessario reddere constringimur”.

¹⁴⁷ C.27, q.1, c.2: „De uirginibus autem non uelatis, si deuiauerint, a sanctae memoriae predecessore nostro Papa Innocentio taliter decretum habemus: "He uero, que necdum sacro uelamine tectae, tamen in

Huguccio następnie przede wszystkim jasno określił przyczynę skuteczności złożonej obietnicy, mianowicie, że zgrzeszy ten, kto nie dochowa gołej umowy. Zamiast pisać w dalszym ciągu o obietnicy, o której mówił dosłownie c. *Quicumque suffragio*, Huguccio rozszerzył jego zastosowanie na te przypadki umów, które były pozbawione przymiotu zaskarżalności. Umowa, która powinna być zachowana, została opisana jako *pactum honestum*, przez co można było rozumieć umowę zgodną z dobrymi obyczajami i z prawem. Dekretysta dodał nawet, że taka umowa goła winna być przestrzegana nawet wtedy, gdy była pozbawiona jakichkolwiek znamion wymaganego przez prawo formalizmu¹⁴⁹.

Dalej Huguccio wyraził uzasadnienie dla zgłoszonego postulatu, które oparł na dwóch innych kanonach zaczerpniętych z *Dekretu*, mianowicie na c. *Habemus* (C.22, q.1, c.12) oraz c. *Iuramenti* (C.22, q.5, c.12). Pierwszy z rzeczonych kanonów stanowił wyimek z pism św. Hieronima (ok. 347-420), w którym przywołał on Wj 20,7, czyli zakaz krzywoprzysięstwa, i opatrzył go swoim komentarzem. Według Hieronima na upomnienie zasługiwali nie tylko ci, którzy dopuścili się krzywoprzysięstwa powołując się na ołtarz czy relikwie, ale i ci, którzy krzywoprzysięgali w zwykłej mowie (*communis loquela*)¹⁵⁰.

Komentarz Huguccio był wprost zainspirowany zwłaszcza drugim ze wspomnianych kanonów, czyli fragmentem z komentarza Ojca Kościoła, św. Chromacjusza z Akwilei (ok. 345-407) do Ewangelii według św. Mateusza. W Kazaniu na górze Jezus powiedział m.in., że mowa uczniów ma być prosta i prawdziwa: „Niech wasza mowa będzie: Tak, tak; nie, nie. A co nadto jest, od Złego pochodzi” (Mt 5,37). Chromacjusz, komentując ten fragment, zwrócił uwagę na to, że chrześcijanin zawsze powinien mówić prawdę, bowiem zarówno złamanie przysięgi, czyli krzywoprzysięstwo, jak zwykle mówienie nieprawdy, czyli kłamstwo, w oczach Bożych zasługiwały na karę. Zrównał on przysięgę (*iuramentum*) ze zwykłą mową (*loquela*), powołując się na różne fragmenty Pisma Świętego oraz wykazując,

proposito uirginali semper se simulauerint permanere, licet uelatae non fuerint, tamen si nupserint, aliquanto tempore his agenda penitencia est, quia sponsio earum a Domino tenebatur. Si enim inter homines solet bonae fidei contractus nulla ratione dissolui, quanto magis ista pollicitatio, quam cum Deo pepigit, solui sine uindicta non poterit, etc.”

¹⁴⁸ Huguccio Pisanus (1188) ad C.12, q.2, c.66, sv. oportebit absolvere, fol. 194rb: „licet stipulatio non intervenerit, obligatur enim nuda promissione saltem et si non civiliter unde tenetur ad promissum persolvendum, ar. 1 hic et infra e. q.5 quia [C.12, q.5, c.3] et 17 q.1 c.1 [C.17, q.1, c.1] 27 q.1 c.2 [C.27, q.1, c.2]”.

¹⁴⁹ Huguccio Pisanus (1188) ad C.12, q.2, c.66, sv. oportebit absolvere, fol. 194rb: „peccaret enim quis nisi nudum pactum observaret honestum, tamen licet nulla sollemnitas intervenerit”.

¹⁵⁰ C.22, q.1, c.12: „Habemus in lege Dei scriptum: "Non periurabis in nomine meo, nec pollues nomen Dei tui in uanum." Ideo ammonendi sunt omnes, ut diligenter caueant periurium, non solum in altari seu sanctorum reliquiis, sed etiam in communi loquela”.

że łączy je taka sama sankcja za postępowanie wbrew wypowiedzanym słowom¹⁵¹. Już Paucapalea (XII w.)¹⁵², uczeń Gracjana i pierwszy komentator *Dekretu*, zauważył w *Summa Decretorum* do c. *Iuramenti*, że winno się prawdziwie i sprawiedliwie mówić i przysięgać, a sprawiedliwa mowa i sprawiedliwa przysięga winny być zachowywane¹⁵³. W swojej glosie do *loquelam* Huguccio podkreślił, że zarówno zwykłe słowa (*verba communa*), jak i przysięgi (*iuramenta*) powinny być tak samo prawdziwe i proste, co wynikało także ze słów Grzegorza Wielkiego: ludzkie uszy tak oceniały słowa, jak je słyszały na zewnątrz, ale Boże sądy to słyszały na zewnątrz, co wychodziło z wnętrza człowieka¹⁵⁴. Dodał jednak w tym miejscu Huguccio, że większy grzech obciążał tego, kto łamał przysięgę, gdyż i jego zobowiązanie było większe¹⁵⁵.

Huguccio użył w swojej glosie do c. *Quicumque suffragio* zmodyfikowanego cytatu z c. *Iuramenti*, pisząc, że Bóg nie chciał by była jakkolwiek różnica między prostą obietnicą (*simplex promissio*) a przysięgą (*iuramentum*) albo inną obietnicą w jakiś sposób utwierdzoną (*promissio aliter firmata*). Zastąpił on zatem występującą w c. *Iuramenti* zwykłą mowę nowym określeniem, mianowicie prostą obietnicą, a znaczenie nadawane przysiędze rozszerzył także na potwierdzone prawnie obietnice. O ile *loquela* odnosiła się do słów opisujących rzeczywistość, o tyle *promissio* służyła do kształtowania tej rzeczywistości na przyszłość. W tekście Huguccio nie było już więc tylko zrównania uroczystej przysięgi z codzienną mową, lecz także ze zwykłą obietnicą, a więc zrównał on rangę dwóch rodzajów wypowiedzi odnoszących się do przyszłości. Przez to umożliwił ocenianie pozbawionej wymogów formalnych obietnicy tak samo jak uroczystej przysięgi. Widać również, że w jego rozważaniach zwykła obietnica była tożsama z gołą umową, a więc dzięki wprowadzeniu takiej zmiany w interpretacji c. *Iuramenti* udało mu się znaleźć mocny argument

¹⁵¹ C.22, q.5, c.12: „Iuramenti huius causa est, quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quod uerum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam uult esse distantiam, quia, sicut in iuramento nullam conuenit esse perfidiam, ita quoque in uerbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque, et periurium et mendacium, diuini iudicii pena dampnatur, dicente scriptura: "Os, quod mentitur, occidit animam." Quisquis ergo uerum loquitur, iurat, quia scriptum est: "Testis fidelis non mentietur."”

¹⁵² Viejo-Ximénez (2004b); BBG Paucapalea.

¹⁵³ Paucapalea (1890) ad C.22, q.5, c.12, 99: „*Jur. huiusmodi causa est. etc. usque nullam uult, esse distantiam, i.e. uult, ut uerum et iustum loquamur ac iuremus. uerum loquitur iurat, i.e. ita iustam locutionem ut iustum iuramentum debet seruire*”. Na temat uwag Gracjana i dekretystów mających znaczenie dla doktryny związania danym słowem zob. Spies (1928) 32-35.

¹⁵⁴ C.22, q.5, c.11: „*Humanae aures talia uerba nostra iudicant, qualia foris sonant. Diuina uero iudicia talia foris audiunt, qualia ex intimis proferuntur*”.

¹⁵⁵ Huguccio Pisanus (1188) ad C.22, q.5, c.12, sv. *loquelam*, fol. 242vb: „*scilicet communem et vulgarem nullam differentiam quantum ad ueritatem enuntiandam quia et uerba communa et iuramenta debent esse uera et simplicia ut, supra e. q.1 humanae (?) [C.22, q.5, c.11] magis tamen peccat, quis in transgressionem sacramenti quam mendatio simplicis, sermonis quia magis obligatur iuramento*”.

przemawiający za zachowywaniem także gołych umów. Kanoniści w ogóle w swoich wywodach skupiali się raczej na obietnicy niż na umowach, co pozwalało inaczej kształtować refleksję prawniczą niż miało to miejsce w pracach cywilistów¹⁵⁶.

Wreszcie, Huguccio wyciągnął wnioski z postawionego przezeń postulatu oraz nowej interpretacji kanonów i uznał, że – niezależnie od tego, czy miała miejsce stypulacja – obiecujący nie mógł uniknąć grzechu, o ile nie wypełnił złożonej obietnicy, jeśli było to możliwe. Skoro bowiem waga obietnicy równa była wadze przysięgi, to stypulacja w niczym nie wpływała na moralny obowiązek spełnienia tego, co zostało obiecane. Ważne, że dodał Huguccio *si potest*, co mogło wskazywać, że dopuszczał on istnienie typowych wyjątków od tego nakazu związanych np. z ograniczeniami faktycznymi, co wynikało także z uznanej maksymy *impossibilium nulla obligatio est*. Sankcją, która groziła za niewypełnienie złożonej obietnicy był według Huguccio grzech¹⁵⁷.

W końcowym fragmencie swojej glosy Huguccio podał aktualny przypadek dotyczący tej problematyki, być może inspirowany postanowieniami soboru laterańskiego III¹⁵⁸. Chodziło mianowicie o biskupów, którzy obiecali duchownym jakieś beneficjum, a potem przekazali je komuś innemu: Huguccio wskazał, że w takiej sytuacji duchowni mogli dochodzić swoich praw i żądać spełnienia obietnicy opierając się w swoim żądaniu na przytoczeniu faktów, czyli okoliczności sprawy, bowiem prawo nie dawało im stosownego narzędzia przeciw takim obietnicom biskupów. W ten sposób mogli oni skorzystać z instytucji zwanej *officium iudicis*¹⁵⁹. Huguccio wykazał zatem na koniec swoich rozważań praktyczne zastosowanie zaproponowanej przez niego interpretacji umów gołych¹⁶⁰.

Argument teologiczno-moralny, który skłonił kanonistów do uznania zaskarżalności wszystkich umów, został oparty na twórczej interpretacji starożytnych tekstów

¹⁵⁶ Scigliano (2007) 138-143.

¹⁵⁷ Huguccio Pisanus (1188) ad C.12, q.2, c.66, sv. oportebit absolvere, fol. 194rb: „nam quoad observantiam Deus nullam differentiam vult esse inter simplicem promissionem et iuramentum, vel aliter firmatam promissionem, ut 22 q.1 habemus [C.22, q.1, c.12] et q.5 iuramenti [C.22, q.5, c.12], sive ergo interveniat stipulatio sive non promissor non excusatur a peccato nisi adimpleat promissum si potest”.

¹⁵⁸ Landau (2003) 462-463.

¹⁵⁹ Huguccio Pisanus (1188) ad C.12, q.2, c.66, sv. oportebit absolvere, fol. 194rb: „et est ar. contra episcopos qui beneficia promittunt quibusdam clericis postea conferunt illa aliis, sed nunquid de tali nuda promissionem potest clericus convenire episcopum, credo quod sic nisi forte notetur ambitionis, sed quam actionem proponet cum ex nudo pacto non oriatur actio, sed non exigitur ut semper proponatur actio, sed simpliciter proponatur factum et postuletur officium iudicis, ut ille cogatur ad solvendum promissum, dicit ergo, oportebit etc. id est debebunt solvere promissum”; zob. np. Wojciechowski (2008) 138-139. Szeroko o *officium iudicis* w tym kontekście zob. Roussier (1933) 111-136.

¹⁶⁰ Szerzej na temat znaczenia tego fragmentu *Summa* zob. Spies (1928) 35-37; Roussier (1933) 15-16, 89-94, 111-114; Fedele (1937) 15-18; Bellini (1965) 281-285; Landau (2003) 464-464; Alexandrowicz (2015) 63-66. Wydaje się, że Spies łączył opisane przejście terminologiczne raczej z działalnością *Johannesa Teutonicusa* – Spies (1928) 43.

chrześcijańskich, które w oparciu o Pismo Święte nakazywały wierność danemu słowu oraz wypełnianie obietnic. Huguccio rozszerzył ich znaczenie na obszar doktryny prawniczej, nadał stosowanym w nim terminom nowe znaczenia i w ten sposób pokazał, że każda obietnica, czyli każda umowa, powinna być wypełniona pod groźbą grzechu. Tendencja tego dekretysty do moralizowania (jego tzw. *rigor iuris*) pozwoliła mu sformułować nowy argument bez jawnego wystąpienia przeciw stanowisku prawa rzymskiego¹⁶¹. Oczywiście oddziaływanie jego tekstu wynikało z tego, że do tego kluczowego argumentu dodał on także inne źródła prawne oraz pokazał jego zastosowanie w praktyce. Wydaje się także, że komentarz Huguccio do c. *Quicumque suffragio* stanowi przykład jego znaczącego wpływu na kanonistykę, który daje się opisać jako „moment syntezy”: Huguccio zebrał dostępne źródła i dokonał twórczej syntezy wniosków wynikających z ich łącznej lektury, w ten sposób zmierzając w stronę doktryny, którą dziś nazywa się swobodą umów¹⁶².

1.3.2.2. Pierwsze sto lat rozwoju argumentu (ok. 1188-1300 r.)

Ten sam argument został powtórzony w głosie Laurentiusa Hispanusa (?-1248), nauczyciela z Bolonii a potem biskupa hiszpańskiego Orense. Argument ten został tam wspomniany zdawkowo: autor dodał tylko w jednym zdaniu, że dla powstania zobowiązania z obietnicy nie miało znaczenia, czy zostały zachowane wymogi formalne dotyczące używanych słów lub wykorzystano przysięgę, a na potwierdzenie tej tezy został podany c. *Iuramenti*¹⁶³. Na marginesie wypada zauważyć, że – według dostępnych źródeł – to w jego głosie po raz pierwszy pojawiła się propozycja praktycznej realizacji nowej doktryny, która później zyskała największą popularność, tj. *condictio ex canone*¹⁶⁴.

Podobnie rzecz miała się w *Glossa ordinaria* do *Dekretu* Johannes Teutonicusa (?-1245), także nauczyciela w Bolonii, autora jednej z *Compilationes antiquae*, która nie znalazła uznania w oczach papieża, co zapewne było przyczyną tego, że jej autor ostatnie

¹⁶¹ Landau (2003) 463.

¹⁶² Sformułowania „moment syntezy” w odniesieniu do Huguccia użyto jako tytułu rozdziału w Mochi Onory (1951) 141; zob. Pennington/Müller (2008) 155-160.

¹⁶³ Laurentius Hispanus (1218) ad C.12, q.2, c. 66, sv. promissi solutionem, fol. 51vb: „etsi sollemnitas verborum, vel iuramenti non intercessit, quia inter simplicem loquelam, et cetera 22 q.5 iuramenti [C.22, q.5, c.12]”. Pełen tekst glosy Laurentiusa do c. *Quicumque suffragio* podał także Roussier (1933) 239, przypisując jej autorstwo Johannesowi Teutonicusowi; zob. Weigand (2008) 81-86; Landau (2003) 468, przyp. 53.

¹⁶⁴ Laurentius Hispanus (1218) ad C.12, q.2, c. 66, sv. promissi solutionem, fol. 51vb: „sed numquid cui promittitur, agere potest, sic conditione ex illo canone iuramenti vel proponat factum, et impleret iudicis officium. Immo haec non habent hic locum, quia hic sufficit causa promittendi, et vestitum fuit pactum, ff. de pactis iurisgentium § 1 [Dig. 2.14.7.1], fuit enim hic, vel facio, ut facias, vel alius contractus innominatus”. Szeroko o *condictio ex canone* zob. Roussier (1933) 137-148.

trzydzieści lat swojego życia spędził jako dostojnik kościelny w Halberstadt. Johannes podał, że choćby nie miała miejsca stypulacja, to wydaje się, że powstanie zobowiązanie nawet z samych gołych słów, czego podstawą był także dla niego *c. Iuramenti*¹⁶⁵. Powtórzył również propozycję Laurentiusa co do źródła przysługującej w takiej sytuacji skargi¹⁶⁶. Więcej wyjaśnień zawarł on w komentarzu do *c. Iuramenti*¹⁶⁷. W *casus Teutonicus* podkreślił, że skoro Bóg nie czynił różnicy między zwykłą mową a przysięgą, chrześcijanin powinien wystrzegać się przewrotności w nich obu, bowiem za naruszenie tak przysięgi, jak i zwykłej mowy, spotkać go mogła kara Boża wymierzona przez sędziego. W glosie do słowa *distantiam* Teutonicus zauważył, że skoro za grzech śmiertelny uznawano już mówienie kłamstwa, to tym bardziej na karę zasługiwało łamanie przysięgi, a następnie dodał, że tam gdzie była przysięga, większa była trwałość słów, chociaż złożenie przysięgi wymagało równocześnie szerszego działania¹⁶⁸. Wydaje się, że Teutonicus poświęcając swoje rozważania kilku różnicom między zwykłą mową a przysięgą, dobrze wybrał z tego kanonu do glosowania akurat słowo określające domniemaną odmienną między nimi (*distantiam*). To jemu można też przypisać dostosowanie rozwiązania zaproponowanego przez Huguccio do systemu procesowego¹⁶⁹.

Warto odnotować, że większość z późniejszych źródeł są to komentarze do *Dekretalów (Liber extra)* Grzegorza IX, promulgowanych przez papieża w 1234 r. W tytule *De pactis* zostały zawarte teksty źródłowe powstałe po opracowaniu *Dekretu* albo pominięte w *Dekrecie* teksty dawnego prawa. Dla prowadzonych rozważań kluczowe znaczenie miały *c. Antigonus* oraz *c. Qualiter* – w komentarzach do tych kanonów kanoniści podejmowali zagadnienie zaskarżalności umów i dalej rozwijali argumentację opartą o wartości moralne.

¹⁶⁵ Johannes Teutonicus (1582) ad C.12, q.2, c.66, sv. promiserint, col. 1345: „Videtur quod aliquis obligetur nudis verbis, licet non intercessit stipulatio, ut extra de testa. indicante [X 3.26.4] 22 q.5 iuramenti [C.22, q.5, c.12] et infra e. q.5 quia Ioannes [C.12, q.5, c.3]. Quod verum est et potest dici quod competit actio ex nuda promissione scilicet condictio ex canone illo infra 22 q.2 iuramenti [C.22, q.5, c.12]”.

¹⁶⁶ Johannes Teutonicus (1582) ad C.12, q.2, c.66, sv. promiserint, col. 1345: „et potest dici quod competit actio ex nuda promissione, scilicet condictio ex canone illo infra 22 q.2 iuramenti [C.22, q.5, c.12]”.

¹⁶⁷ Johannes Teutonicus (1582) ad C.22, q.5, c.12, casus, col. 1703: „Adhuc probat Grat. per hoc capit. quod iuramentum debet intelligi secundum intentionem proferentis. Dicit ergo Chromatius, quod quicumque iurat, ideo iurare debet, ut verum loquatur. Unde Deus inter iuramentum et communem loquelam differentiam non facit quia sicut in iuramento non debet esse perfidia, ita nec in loquela nostra. Et si quis contra fecerit, poena divini iudicii damnabitur”.

¹⁶⁸ Johannes Teutonicus (1582) ad C.22, q.5, c.12, sv. distantiam, col. 1703-1704: „Quantum ad hoc, cum mortaliter peccat qui simpliciter dicit falsum, sicut quo sub iuramento dicit falsum, magis tamen peccat peierando quam mentiando. Solidius subsistit ubi iuramentum interponit, ut supra ea. q.1 c.1 [C.22, q.1, c.1] sed tamen plus operatur sacramentum, quam simplex promissio, ut extra de iur. debitores [X 2.24.6]. Item hic est ar. quod ex nudo pacto oritur actio, ut 12 q.2 quicumque suffragio [C.12, q.2, c.66] et q.5 quia Ioannes [C.12, q.5, c.3]. Ioan.”.

¹⁶⁹ Roussier (1933) 147; Landau (2003) 469.

Goffredus de Trano (?-1245), uczeń Azona, profesor prawa rzymskiego w Neapolu, audytor Roty Rzymskiej i kardynał, a do tego autor pierwszego kompletnego komentarza do *Liber extra*, podczas wyjaśniania kanonistycznego postulatu zaskarżalności wszystkich umów wskazał, że jego przyczyny należało szukać w ocenie czyjzegoś wykroczenia przeciwko prostym słowom: takie wystąpienie przeciw nim, czyli naruszenie danego słowa, prowadziło do grzechu śmiertelnego, czego przykład dla Goffredusa stanowił przywołany przezeń c. *Praedicandum* (C.22, q.1, c.17). Kanon ten był fragmentem pisma papieża Eutychediana (275-282), w którym jednoznacznie zostało potępione krzywoprzysięstwo, na równi z innymi ciężkimi występami, takimi jak cudzołóstwo, nierząd, czy zabójstwo. Dalej Goffredus zacytował Ps 89,35 („nie zmienię słowa ust moich”) oraz wskazał, że serce mówiącego powinno być w zgodzie z tym, co mówi. Na potwierdzenie tych słów podał c. *Psalmista*, w którym zawarto przestrożę dla śpiewających oficjum, aby troszczyli się o zgodność między tym, co śpiewali ustami, z tym, w co wierzyli sercem, a tego, w co wierzyli sercem, by dowodzili swoimi czynami. Krótkie rozważania na temat zakończył zdaniem o tym, że Bóg nie chciał żadnej różnicy między prostym słowem a przysięgą, co wynikało z c. *Iuramenti*¹⁷⁰.

Bernard z Parmy (?-1266), uczeń Tancreda i kapelan papieski, w swoim najbardziej znanym dziele, tj. w *Glossa ordinaria* do *Dekretalów*, niewiele miejsca poświęcił przedstawieniu argumentu teologicznego: wskazał tylko, podobnie jak liczni autorzy, że Bóg nie czynił różnicy między prostą mową a przysięgą, co wynikało z c. *Iuramenti*, zaś śmiertelnie grzeszył ten, kto odstępował od umowy¹⁷¹. W swojej glosie bardziej jednoznacznie przeciwstawił on system kanoniczny systemowi rzymskiemu co do zaskarżalności umów¹⁷².

Nieco więcej o tej kwestii napisał Innocenty IV (?-1254), czyli Sinibaldo dei Fieschi, kanonista, pracownik kurii papieskiej, kardynał, a od 1243 r. papież znany m.in. ze sporu z cesarzem Fryderykiem II. Swoje uwagi zawarł zwłaszcza w komentarzu do c. *Novit ille*, który stał się dla Innocentego fundamentem dla nowej instytucji prawa procesowego, czyli doniesienia ewangelicznego (*denuntiatio evangelica*), przy czym instytucja ta nie zyskała

¹⁷⁰ Goffredus de Trano (1519) ad X 1.35, num. 6, fol. 60vb: „Et est ratio canonum quia dum quis venit contra simplex verbum mortaliter peccat ut 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17]. Et ideo quae procedunt de labiis meis non faciam irrita. Cor enim loquentis convenire debet ori quod loquitur ut 23 di. psalmista [D.23, c.20]. Nec Deus vult aliquam differentiam fieri inter simplex verbum et iuramentum ut 22 q.5 iuramenti [C.22, q.5, c.12]”.

¹⁷¹ Bernardus Parmensis (1582) gl. ad X 1.35.1, sv. pacta custodiantur, col. 440: „igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem: quia mortaliter peccat recedendo a pacto, arg. 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17], quia inter simplicem loquelam et iuramentum non facit Deus differentiam 22 q.5 iuramenti [C.22, q.5, c.12]. De hoc dic ut habes 12 q.2 c. quicumque suffragio [C.12, q.2, c.66]”.

¹⁷² Spies (1928) 47-48.

uznania u jemu współczesnych w kontekście zapewniania skuteczności umowom¹⁷³. Jego koncepcja, którą można uznać za dopuszczenie „zaskarżalności” umów gołych tylko w sensie szerokim (bowiem nie chodziło w niej o przyznanie skargi), wychodziła z uznania, że naruszenie obietnicy było naganne tylko moralnie, ale nie powinno wywierać skutków prawnych – stąd nie przyznawał on w takiej sytuacji skargi, ale proponował zastosowanie doniesienia ewangelicznego: nie była to skarga karna, lecz jej celem było nawrócenie grzesznika poprzez braterskie upomnienie zgodnie z zasadami Ewangelii, zaś jej skutkiem podstawowym miała być pokuta, a tylko dodatkowym przywrócenie sprawiedliwości¹⁷⁴. Wyjaśniając okoliczności uzasadniające skorzystanie z *denuntiatio evangelica*, Innocenty IV uwzględnił także niezaskarżalne umowy i wskazał, że we wszystkich porozumieniach, w których coś miało być dane albo uczynione, za niewypełnienie obietnicy groził grzech. Dodał również, że to do papieża należało upominanie o wszelkich grzechach śmiertelnych, co potwierdzenie znalazło w trzech odesłaniach do innych kanonów¹⁷⁵. W bardzo skąpych uwagach do c. *Antigonus* podał natomiast krótkie wyjaśnienie, że ten, kto nie przestrzegał umowy winien być ekskomunikowany, co także świadczyło o randze moralnej naganności takiego czynu¹⁷⁶. Kara ekskomuniki dla łamiącego zawartą umowę regularnie powracała w rozważaniach kanonistów.

Wincenty z Beauvais (?-1264)¹⁷⁷, francuski dominikanin, który na polecenie króla Ludwika IX napisał ogromne dzieło encyklopedyczne *Speculum maius*, w jego części zatytułowanej *Speculum doctrinale* również ograniczył się do podania jako głównego wyjaśnienia nowej zasady *ex nudo pacto oritur actio* stwierdzenia, że Bóg nie czynił różnicy

¹⁷³ Roussier (1933) 157-175; Fedele (1937) 43-45; Bellini (1965) 421-422, 444-468; Landau (2003) 469-471; Decock (2013) 128-129. Ogólnie o *denuntiatio evangelica* zob. np. Lefebvre (1950); Jerouschek/Müller (2000); Kéry (2001).

¹⁷⁴ Spies (1928) 67-71.

¹⁷⁵ Innocentius IV (1570) ad X 2.1.3, sv. regulam, num. 4, fol. 193rb-194va: „Item dicimus quod iste modus agendi habet locum, ubi aliquod temporale in quo est reus naturaliter obligatus debet dari vel fieri, etiam si ad illud petendum nulla competat actio civilis vel canonica, ut quando quis iuravit dare, vel facere sine stipulatione, locum habet denuntiatio: ut hic. Et est idem in omnibus aliis, quae debent dari vel fieri, et peccat qui promissit nisi promissum impleat, ut hic, ubi dicit, quod ad Papam pertinet de omni peccato mortali quemlibet corripere. Ad idem 22 quaestio 2 ne quis [C.22, q.5, c.14] et quaestio 5 hoc videtur [C.22, q.5, c.8] et infra de instit. cum venissent [X 3.7.6]. Est et alia denuntiatio quae dicitur canonica, sed tamen ortum habet a lege vete. testa. quae est de crimino non committendo, scilicet, ut ab eo desistatur, et de hac denuntiatione loquitur infra de despon. impu. ad dissolvendum [X 4.2.13] 22 quaestio 5 hic videtur [C.22, q.5, c.8]”.

¹⁷⁶ Innocentius IV (1570) ad X 1.35.1, sv. cohibuerit, fol. 161va: „id est, nisi pacta servet, excommunicabitur”. Ogólnie na temat zagadnienia ekskomuniki w średniowiecznym prawie kanonicznym zob. np. Helmholz (2010) 366-393.

¹⁷⁷ Peltier (1950).

między prostą a uroczystą obietnicą¹⁷⁸. W takim zniekształconym ujęciu zbliżył się on zatem do reinterpretacji tego tekstu przez Huguccio, a można nawet uznać, że dokonał on idącej jeszcze krok dalej interpretacji upraszczającej wymowę c. *Iuramenti*, bowiem ograniczył się tylko do wskazania dwóch rodzajów obietnic, w ogóle nie zajmując się zarówno przysięgą, jak i zwykłą mową, o których przecież traktował pierwotnie sam kanon. Wydaje się przy tym, że poza tą wzmianką o zaskarżalności gołych umów, Wincenty w swoim encyklopedycznym traktacie powtarzał w kwestii umów stanowisko prawa cywilnego.

W kilku miejscach w swoich dziełach odniósł się do argumentu moralnego Hostiensis (ok. 1200-1271), bodaj najbardziej znaczący dekretalista XIII-wieczny, autor *Lectura i Summa do Liber extra*, zwanej od XV w. *aurea* („wspaniała”), a do tego osoba bardzo wpływowa: był archidiakonem Paryża, przebywał na dworze Eleonory Akwitańskiej w Anglii, a za pontyfikatu Innocentego IV został kapelanem papieskim, co dalej doprowadziło go do biskupstwa i kardynalatu. W *Summa aurea* odpowiadając na pytanie o skutek umowy podał m.in., że między prostą mową a przysięgą Bóg nie czynił różnicy (c. *Iuramenti*), a stąd śmiertelnie grzeszył nie tylko ten, kto krzywoprzysięgał, ale nawet ten, kto kłamał (c. *Praedicandum*). Następnie wspominał o tym, że nie powinny usta mówić słów próżnych, ale temu, co mówią usta, powinno odpowiadać serce, czego potwierdzenie zawierał c. *Psalmista*¹⁷⁹. Podobnie, choć krócej, wyjaśnił biskup Ostii ten sam argument w *Lectura do pierwszego kanonu z tytułu De pactis*¹⁸⁰.

Interesujące *novum* zostało zaś przezeń zawarte w komentarzu z tego samego dzieła do trzeciego kanonu z tegoż tytułu. Hostiensis jako przykład naruszenia danej obietnicy przywołał historię Jakuba i Labana (Rdz 30,34-36), wspartą znanymi kanonami i cytatami, która była barwnym przykładem naruszenia danego słowa zaczerpniętym z historii życia

¹⁷⁸ Vincentius Belvacensis (1591) lib. 7, cap. 107, fol. 116ra: „In summa vero nota, quod posterius pactum priori praeiudicat. Item secundum leges ex simplici pacto non oritur actio, nisi vestiatur pactum, vel re, puta rei traditione, vel verbis, puta stipulatione, vel cohaerentiae contractus, vel si in contractu apponatur incontinenti, vel etiam literis. Sed secundum canones oritur actio ex nudo pacto quia Deus inter simplicem et solennem promissionem, nullam facit differentiam”.

¹⁷⁹ Hostiensis (1574) ad X 1.35, num. 6, col. 372: „Ut modis omnibus servetur, etiamsi sit nudum secundum canones infra eo. c.1 et 3 [X 1.35.1; 1.35.3], infra de testa. iudicante [X 3.26.4] 12 q.2 quicumque suffragio [C.12, q.2, c.66] et q.5 quia Ioan. [C.12, q.5, c.3] quia inter simplicem loquelam et iuramentum non facit Deus differentiam 22 q.5 iuramenti [C.22, q.5, c.12]. Unde peccat mortaliter, contra simplex verbum veniens 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17] et ideo quae procedunt de labiis tuis, tu sacerdos non facies irrita: nam et ori debet cor convenire 23 dist. Psalmista [D.23, c.20]”.

¹⁸⁰ Hostiensis (1512) ad X 1.35.1, sv. ecclesiasticam, fol. 184va: „Scilicet interdictum vel suspensionem vel excommunicationem infra de verborum sig. quaerenti [X 5.40.20]. Sic patet quod secundum canones ex pacto nudo datur actio ar. hoc et infra e. c.2 [X 1.35.2] et infra de arbi. per tuas [X 1.43.9] ubi de hoc, et infra de iureiurando ex rescripto § fi. [X 2.24.9] ubi hoc expresse probatur. Etenim secundum psalmistam quae procedunt de labiis tuis non facies irrita. Quia inter simplicem loquelam et iuramentum non est differentia apud Deum 22 q.5 iuramenti [C.22, q.5, c.12]”.

starotestamentalnego patriarchy. Laban najpierw potwierdził złożoną przez Jakuba propozycję dotyczącą zapłaty za jego wieloletnią służbę, po czym podstępnie działając faktycznie tej zapłaty go pozbawił. Dopiero własnym sprytem Jakubowi udało się otrzymać zapłatę zgodnie z ich wspólnymi ustaleniami. Ciekawe, że według Hostiensisa przypadek Jakuba i Labana stanowił wyraźny dowód potwierdzający kanonistyczną zasadę *ex nudo pacto oritur actio*, nie należało bowiem ani występować przeciw danemu słowu, ani dopuszczać różnicy między tym, co w sercu, a tym co wyrażane ustami. Dodatkowe umocowanie tych wytycznych stanowił c. *Etsi Christus* (X 2.24.26), z którego Hostiensis zacytował słowa zaczerpnięte z Ewangelii, a wyrażające polecenie Jezusa by mowa uczniów była *est est, non non* (Mt 5,37)¹⁸¹.

Krótko argument moralny został przywołany przez Guillelmusa Durandusa (1236-1296)¹⁸², kanonistę, audytora Roty Rzymskiej, a potem piastuna kilku znaczących godności kościelnych. W *Speculum iudiciale*, najbardziej znanym średniowiecznym traktacie procesowym, po prostu wskazał on, że między prostym zaufaniem (*simplex fides*) a przysięgą (*iuramentum*) Bóg nie czynił żadnej różnicy – oba tak samo wymagały ustrzeżenia, choć większa kara groziła za krzywoprzysięstwo, aniżeli za samo naruszenie okazanego zaufania¹⁸³.

Do tej samej kwestii odniósł się również w kilku miejscach swojego rozległego komentarza do dzieła Gracjana, tj. *Rosarium Decretorum*, Guido de Baysio (ok. 1246/1256-1313), nauczyciel w Bolonii a także znacząca postać w kurii papieskiej, zwany Archidiakonem z tytułu pełnionej przezeń funkcji w Kościele w Bolonii. Odnosząc się do obietnicy wynagrodzenia uznał, że na forum kanonicznym obietnica uczyniona tak zwykłymi słowami, jak i poprzez stypulację, była wiążąca, zgodnie z tym, co nakazywała kanoniczna prostota (*simplicitas canonica*), według której nie było żadnej różnicy między prostymi słowami a przysięgą¹⁸⁴. Podobnie nie było więc różnicy między obietnicą i stypulacją, jeżeli

¹⁸¹ Hostiensis (1512) ad X 1.35.3, sv. promittuntur, fol. 184vb: „Tamen secundum canones etiam ex nudo pacto datur actio ut hic et 12 q.2 quicumque suffragio [C.12, q.2, c.66] et q.5 quia iohannes [C.12, q.5, c.3]. Hoc etiam expresse probatur Genesis 30 f. ubi dixit Laban ad Iacob. Gratum habeo quod petis etc. [Rdz 30,34] quia nec debes etiam contra simplex verbum tuum venire 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17] nec aliquod gerere in corde et aliud exprimere in ore 23 di. psalmista [D.23, c.20]. Unde sit sermo tuus est est, non non ut leguntur et no. infra de iureiurando etsi Christus [X 2.24.26] et de hoc nota supra e. c.1 [X 1.35.1] in sum. e. ti. § quis sit effectus”.

¹⁸² Viejo-Ximénez (2004a); BBG Guillelmus Durandus.

¹⁸³ Guillelmus Durandus (1592) lib. 4, part. 2, de iureiurando, § 1, num. 14, fol. 174: „Licet autem inter simplicem fidem et iuramentum non faciat Deus differentiam, ut in praed. c. iuramenti [C.22, q.5, c.12] et in praed. decret. de fide. [X 3.22.2] maior tamen poena imponitur pro periurio, quam pro fide violata (...)”.

¹⁸⁴ Spies (1928) 75-76.

oczywiście obietnica była słuszna¹⁸⁵. Archidiakon zastąpił więc odniesienie do Bożego osądu ludzkich słów odwołaniem do prostoty kanonicznej, przez którą jednak należało chyba rozumieć prostotę wymowy samych kanonów, a nie uproszczenie tej sprawy w Kościele, bowiem jednocześnie Guido potwierdził w innym miejscu prawo Kościoła do wiązania różnych skutków z obu rodzajami mowy.

Archidiakon, powołując się na znane źródła, a dodając do nich opinie Vincentiusa i Goffredusa, podał w innym komentarzu utrwaloną wykładnię mocy wiążącej słowa danego. Zgodnie z nią ten, kto obiecał coś choćby prostym słowem, był zobowiązany, a kto by takiego słowa nie dotrzymał, ten grzeszył śmiertelnie¹⁸⁶.

Szereg wyjaśnień dotyczących tego zagadnienia podał Guido w komentarzu do *c. Iuramenti*. Zauważył, że wymóg zgodności z prawdą dotyczył tak zwykłych słów, jak i przysięgi, ponieważ oba rodzaje mowy powinny być wyrażane prostymi słowami¹⁸⁷. Dalej, komentując brak różnicy między nimi, wskazał na pierwszy rozdział Księgi Mądrości, gdzie zawarte zostały różne przestrogi przed grzechem, także tym popełnianym werbalnie (Mdr 1). Archidiakon wskazał, że od tego, który coś mówił albo przysięgał należało wymagać zachowania właśnie tego, co mówił albo przysięgał, bowiem na jego słowach ktoś inny zawierzył¹⁸⁸. Wcześniej zaś odesłał także do Deuteronomium, do fragmentu, w którym został wyrażony jednoznaczny nakaz wypełnienia ślubu złożonego Bogu (Pwt 23,22-24)¹⁸⁹.

W glosie do słowa *peccat* autor zwrócił uwagę na szereg innych okoliczności, z których warto przywołać dwie. Po pierwsze wobec Boga tak samo zobowiązujący był prosty ślub jak i uroczysty, ale jednak większy grzech i większa kara wynikały z naruszenia ślubu

¹⁸⁵ Guido de Baysio (1481) ad C.1, q.1, c.114, sv. munus, s.f.: „Si autem alias dignum fuerit remuneratione non solum in temporalibus sed etiam in spiritalibus sibi rite et post facto promittens per promissionem obligatur ar: extra de praebendis relatum [X 3.5.9] et peti potest in iudicio ut in prae. c. quicumque suffragiis [C.12, q.2, c.66]. Et hoc verum est sive verbotenus sive per stipulationem promissio facta fuerit, quam secundum simplicitatem canonicam sicut inter simplex verbum et iuramentum nulla est differentia 22 q. ul. c. iuramenti [C.22, q.5, c.12]. Ita inter nudam promissionem et stipulationem dummodo iusta fuerit”.

¹⁸⁶ Guido de Baysio (1481) ad C.12, q.2, c.66, in gl. promiserint, sv. videtur quod, s.f.: „Ibi verum est. Adde et hoc probatur per id quod le. et not. extra de pact c.1. [X 1.35.1]. Ar. ad idem extra de iureiur. c. penul. [X 2.24.35] ubi no. Vinc. quod potest dici quod agitur ex pacto nudo si videtur per legem vel canonem et oritur inde actio ff. de pac. legitima [Dig. 2.14.6]. Teneas etiam incunctanter quod secundum canones ex simplici verbo aliquis efficaciter obligatur et competit actio contra eum ut hic et est ratio quia veniendo contra simplex verbum mortaliter peccatur 22 q.1 praedicandum [C.22, q.1, c.17] et ideo quae procedunt de labiis irrita fieri non debent cor n. debet convenire ori et e converso 23 di. psalmista [D.23, c.20]. Secundum Gof. qui ita no. extra de pac. qualiter [X 1.35.3]. Sed non est ita secundum leges secundum quas ex nudo pacto non oritur actio (...)”.

¹⁸⁷ Guido de Baysio (1481) ad C.22, q.5, c.12, sv. esse, s.f.: „Quo ad veritatem quia et verba et iuratio supplicia [simplicia – poprawione za Spies (1928) 76, przyp. 3] debent esse (...)”.

¹⁸⁸ Guido de Baysio (1481) ad C.22, q.5, c.12, sv. distantiam vel differentiam, s.f.: „Scriptura Sapientiae 1c. [Mdr 1] quisquis id est perfectus ita verum observat quod proferat ac si iuraret vel ita debet ei credi quasi iuraverit (...)”.

¹⁸⁹ Guido de Baysio (1481) ad C.22, q.5, c.12, sv. nullam, s.f.: „Deutro. 23 c. [Pwt 23]”.

uroczystego aniżeli prostego¹⁹⁰. Po wtóre zaś, Guido uwzględnił w swojej *Summa* interesujące rozróżnienie, wedle którego choćby Bóg nie czynił różnicy między zwykłą mową a przysięgą, Kościół mógł ją czynić, ponieważ inny był zakres sankcji, które spotykały zwykłego, prostego kłamcę, zaś inaczej oceniać należało kłamliwe krzywoprzysięstwo¹⁹¹. Stanowisko Guido, podobnie wyrażane także przez innych kanonistów, przedstawiało interesujące rozróżnienie na to, czego w zakresie przestrzegania słowa oczekiwał Bóg, a jakie było stanowisko Kościoła, w tym sensie, że dla Boga każde słowo miało taką moc jak przysięga, ale prawem Kościoła było wiązanie z pewnymi formami wyrazu określonych konsekwencji prawnych. W ten sposób możliwe było jednoczesne rozwijanie postulatu zaskarżalności wszystkich umów oraz utrzymanie w ramach kanonicznego porządku prawnego takiej instytucji jak przysięga.

Wnioski z lektury fragmentów tekstów źródłowych z okresu pierwszego stulecia rozwoju nowej doktryny prowadzą do dwóch – niesprzecznych – konkluzji¹⁹². Z jednej mianowicie strony argument moralny był argumentem o znaczeniu podstawowym, fundamentem, na którym kanoniści zaczęli tworzenie nowych maksym czy rozwiązań prawnych. Z drugiej jednak strony, nie był to argument szeroko uzasadniany i rozwijany: był on oparty na kilku kanonach i na kilku cytatach z Pisma Świętego, podawanych przez kanonistów w różnych kombinacjach, ale w większości przypadków w sposób bardzo zbliżony. Wnioski te można uznać za niesprzeczne, bowiem razem świadczą one o wadze tego nakazu chrześcijańskiej moralności: był on jednoznaczny i klarowny oraz tak dobrze ugruntowany, że nie trzeba było szeroko rozwódzić się na jego temat, by stał się on podstawą nowej doktryny. Zamiast tego, kanoniści mogli rozwijać inne aspekty nowej zasady. Punktem wyjścia była więc refleksja teologiczna, zaś wraz z rozwojem doktryny prawa kanonicznego akcent przeniósł się na rozważania dogmatyczne poświęcone szczegółowej analizie uznanej

¹⁹⁰ Guido de Baysio (1481) ad C.22, q.5, c.12, in gl. distantiam, sv. peccat, s.f.: „Adde sub. et ideo plus obligat et maiorem poenam inducit C. de transac. si quis maior [Cod. 2.4.41pr]. Immo quanto magis sciendum est per quod iuratur tanto magis poenale est periurium supra e. q.2 movet [C.22, q.1, c.16] et ad idem supra e. q. qui periurat [C.22, q.5, c.2]. Sicut et alias non minus obligat quo ad Deum simplex votum quam solemne extra qui cle. vel vo. rursus [X 4.6.6]. Et tamen maius peccatum est in fractione solemnis voti quam simplicis et maior poena 27 di. c.1, 2, et 3, et 4 [D.27, c.1-4], et § hic distinguendum [D.27, d.p.c.8] et si constat de maioritate poenae satis constat de maioritate peccati 24 q.1 non auferamus [C.24, q.1, c.21]”.

¹⁹¹ Guido de Baysio (1481) ad C.22, q.5, c.12, in gl. distantiam, sv. mentiendo: „Adde dic ergo quod licet Deus non faciat differentiam inter loquelam et iuramentum. Ecclesia tamen facit. Quia mendax simplex non patitur poenam quo ad infamiam et repulsionem testimonii vel quin possit promoveri. Sed secus in mendace iurato”.

¹⁹² Pominięty został w tym miejscu wkład m.in. św. Tomasza za Akwinu w nauczanie moralne o grzechu związanym z niedochowaniem obietnicy, ze względu na to, że jego pisma miały charakter ściśle teologiczny. Nie wykluczało to ich oddziaływania na kanonistykę, bynajmniej – było ono znaczące, ale Akwinata nie należał do średniowiecznych kanonistów. Na temat istotnych fragmentów jego dzieł z punktu widzenia historii prawa umów zob. np. Seuffert (1881) 46-47; Spies (1928) 19-22; Gordley (1991) 10-29.

prawdy – w tym sensie zaskarżalność wszystkich umów stawała się stopniowo dogmatyczną prawdą.

Przejawem tego, że uzasadnienie tego argumentu było oczywiste był także fakt, że za przedmiot utrwalonej z czasem *communis opinio* uważano raczej zaskarżalność gołych umów, niż to, że ogólnie umowy winny być przez prawo kanoniczne w jakikolwiek sposób chronione.

1.3.2.3. Utrwalenie i petryfikacja argumentu (ok. 1300-1500 r.)

Zasadniczo za kres złotego wieku kanonistyki (liczonego od powstania *Dekretu*) uznaje się rok promulgacji *Dekretalów* (1234), choć niektórzy skłonni są rozciągać go w czasie aż do śmierci Johanneses Andreae (1348). Przynajmniej zatem od połowy XIV w. datuje się okres, w którym nauka prawa kanonicznego była bardziej wtórna w porównaniu z dynamiką wcześniejszego rozkwitu. Bodaj najśłynniejszy kanonista XIV-wieczny, Johannes Andreae (ok. 1270-1348), zwany także *iuris canonici fons et tuba*, uczeń m.in. Guido de Baysio, nauczyciel prawa kanonicznego w Bolonii przez blisko pół wieku, autor bardzo wielu prac, którego wyróżniało spośród kanonistów i to, że był świeckim. W swoim komentarzu do c. *Antigonus* w *Novella* Johannes nie przywołał wcale grzechu jako niebezpieczeństwa, które skłoniło kanonistów do uznania zaskarżalności także gołych umów. Krótko wzmiankował tę doktrynę w zupełnie innym miejscu, mianowicie w szerokim komentarzu do c. *Licet universis* (X 3.34.6) z tytułu *Dekretalów* poświęconego składaniu ślubów. Na marginesie swoich rozważań Jan Andrzejowy zauważył, że z gołego ślubu (*nudum votum*) rodziło się zobowiązanie, podobnie jak można było się zobowiązać mocą gołej umowy, jeżeli czyniło się ją z uwagi na dobro społeczności. Tym bardziej należało uznać ich moc zobowiązującą, jeżeli ślub lub umowa były czynione ze względu na Boga bądź wsparcie Ziemi Świętej, gdyż Bóg nie czynił różnicy między prostą mową a przysięgą. Johannes dodał na koniec dygresji, że dlatego i z gołej umowy dana była skarga, jak o tym stanowiły c. *Antigonus* i c. *Qualiter*¹⁹³.

Albericus de Rosate (ok. 1290-1360)¹⁹⁴, nieco mniej znany kanonista, praktyk i osoba zaangażowana w życie miasta Bergamo (Rosciate, w którym się urodził, leży nieopodal

¹⁹³ Johannes Andreae (1612) ad X 3.34.6, t. 3, num. 15, fol. 170va: „Ex nudo autem voto obligatio nascitur, ff. de pollici. l.2 in princip. [Dig. 50.12.2pr] et nuda promissio obligat, si facta sit civitati, ff. de pollicit. pactum [Dig. 50.12.3pr], multo fortius facta Deo, vel subsidio terrae sanctae: quia Deus inter simplicem loquelam et iuramentum non facit differentiam 33 quaest.5 iuramenti [C.22, q.5, c.12]. Unde et ex pacto nudo dat actionem, ut patet in eo, quod le. et no. supra, de pact. capit. 1 et 3 [X 1.35.1; 1.35.3]”. Szerzej o komentarzu Jana Andrzejowego zob. Uruszczak (2012) 18-20.

¹⁹⁴ Blanch Nougues (2003); BBG Albericus de Rosate.

Bergamo). W swoim słowniku prawa cywilnego i kanonicznego krótko wyjaśnił, że prosta obietnica wiązała tak jak przysięga, ponieważ w oczach Boga nie było między nimi różnicy. Stąd i łamiący obietnicę, i łamiący przysięgę grzeszyli śmiertelnie, aczkolwiek stan ich zawinienia był różny, bowiem cięższy był grzech tego, kto łamał przysięgę¹⁹⁵.

Henricus Bohicus (ok. 1310-ok. 1350), paryski nauczyciel prawa kanonicznego, również zwięźle odniósł się do teologicznych podstaw stanowiska prawa kanonicznego wobec umów gołych. Przywołując standardowe w tym kontekście kanony uznał, że według kanonów taka umowa była chroniona skargą, co nie powinno budzić zdziwienia, skoro ten, kto postępowałby wbrew umowie grzeszył śmiertelnie¹⁹⁶. W ten sposób krótko i jednoznacznie Bohicus oparł koncepcje kanonistów na argumentie teologicznym.

Co najmniej w dwóch dziełach odniósł się krótko do argumentacji kanonistów Baldus de Ubaldis (ok. 1327-1400), który nie tylko był jednym z największych komentatorów *ius civile*, ale był także kanonistą. W swojej *Lectura do Dekretalów* Baldus wyjaśnił, że różnica między umową gołą a uroczystą nie miała znaczenia dla sumienia, zaś sumienie było taką władzą duszy rozumnej, która miała moc nad jakimkolwiek innym nierozumnym pragnieniem, które mogłoby nią kierować¹⁹⁷. Dlatego też kanoniści nie czynili różnicy między umowami gołymi a ubranymi, podobnie, jak różnicy tej nie czynił Bóg oraz dobrze ukształtowane sumienie¹⁹⁸. Wymogiem traktowania umów w ten sposób było istnienie takiej przyczyny, która byłaby wystarczająca dla ważności stypulacji. Baldus nie wspominał w tym miejscu wprawdzie *verbatim* o grzechu, ale z jego krótkiej uwagi o roli sumienia w ocenie ważności zawieranych umów jednoznacznie wynikało moralne uwikłanie tego zagadnienia, choć zostało ono ujęte inaczej niż czynili to wcześniejsi kanoniści. Grzech został natomiast przez niego wzmiankowany we fragmencie, w którym referował pogląd Durandusa, według

¹⁹⁵ Albericus de Rosate (1573) sv. promissio, s.f.: „Promissio simplex obligat, sicut et iuramentum, nec inter haec Deus facit differentiam, cum uterque contraveniendo peccat mortaliter, ut c. iuramentum 22 q.5 [C.22, q.5, c.12] sed in qualitate reatus est differentia, quia gravius peccat veniens contra iuramentum, ut no. in c. paen. de iureiu. [X 2.24.35] et in c. qualiter de pac. [X 1.35.3] et no. quod promissio generalis obligat de aequitate canonica”.

¹⁹⁶ Henricus Bohicus (1576): ad X 1.35.1, num. 1, 145: „Si quaeris, utrum nudum pactum pariat actionem, distingue. Aut quaeris secundum canones, et dic quod sic, ut hic et infra eo.c. qualiter [X 1.35.3] quod intellige, ut dicam, infra eodem c. fi. [X 1.35.8]. Nec mirum quia dum quis venit contra pactum, peccat mortaliter, arg. 22 q.1, praedicandum [C.22, q.1, c.17]. Ut not. Ber. hic in fi.”.

¹⁹⁷ Baldus de Ubaldis (1578): ad X 1.35.1, ad rubricam, num. 17, fol. 121vb: „Quantum ad conscientiam non differt pactum nudum a solemnem. Est autem conscientia passio animae rationalis super omnem irrationabilem concupiscentiam habens praedominium et virtutem”. Zob. Spies (1928) 83.

¹⁹⁸ Baldus de Ubaldis (1578): ad X 1.35.1, sv. firmitatem, num. 4, fol. 122ra: Non distinguunt inter nuda et vestita, quia nec Deus nec bona conscientia distinguit, dummodo talis causa subsit quae esset deducibilis in stipulationem”.

którego natura grzechu nie pozwalała na ograniczenie skutecznego dochodzenia umowy wobec urzędu biskupa¹⁹⁹.

Baldus przywołał c. *Antigonus* w swoim komentarzu do *Kodeksu* Justyniana, który to kanon według komentatora dotyczył tylko duchownych lub świeckich podległych Kościołowi w zakresie jurysdykcji doczesnej. W innych przypadkach, tj. dla pozostałych świeckich, jedynym dostępnym środkiem było doniesienie ewangeliczne, które opierało się na zbadaniu, czy w danej sprawie miał miejsce grzech oraz jaka była wiedza zawierającego umowę. Otóż, jeżeli przyjmujący na siebie powinność nie wiedział, że zobowiązał się poprzez zawarte porozumienie, działał przeciw sumieniu, ponieważ sumienie jest zmysłem duszy, który pozwala poznać, co jest dobre, a co złe. Jeżeli natomiast powinien był wiedzieć, że się zobowiązał, ale nie wiedział o tym, należało uznać, że ma on sumienie błędzące i powinien być zmuszony do naprawy błędu. Baldus te krótkie rozważania zakończył pouczającą ogólną uwagą, stwierdzając, że błędzenie w tym, w czym nie należy błędzić, było po prostu grzechem (*errare in eo in quo non est errandum, est peccatum*)²⁰⁰. Baldus znał więc dobrze kanonistyczną interpretację zaskarżalności gołych umów i choć ograniczył się do krótkiego przytoczenia teologicznej argumentacji kanonistów, to wyraził ją w odmienny sposób, odwołując się do ogólnych zagadnień związanych z forum wewnętrznym oraz oceną błędu.

Antonius de Butrio (ok. 1360-1408)²⁰¹, doktor obojga praw i nauczyciel prawa w Bolonii, Perugii, Florencji i Ferrarze, autor dzieł, które były niejednoznacznie oceniane przez późniejszych autorów, jasno wskazał, że kara, która groziła łamiącemu umowę, czyli kara ekskomuniki, mogła być nałożona tylko w przypadku grzechu śmiertelnego, zatem za ten rodzaj grzechu należało uznać łamanie umowy²⁰². W innym natomiast miejscu wspominał

¹⁹⁹ Baldus de Ubaldis (1578): ad X 1.35.1, sv. *pacta custodiantur*, num. 5, fol. 122ra: „Praeterea actiones sunt de iure civili inventionem formae licet materiam habeat a iure gentium, alioquin ius civile esset frustra. Unde non detur trahi divina ordinatio ad legum impugnationem. Praeterea illud capitulum non hebet locum ubi iudex secularis tenetur absolvere a petitis. Tunc enim denunciari non potest ecclesiae, unde dicit Spe. quod habens chirographum agens post biennium non repellitur officio episcopi eo quod peccatum dicatur non numerasse et per hoc in repetendo peccare caveat tamen sibi agens ne dicat sibi numerasse, quia tunc propter mendacium repellitur est de iur. rigore (...)”.

²⁰⁰ Baldus de Ubaldis (1539) ad Cod. 4.32.16 in authenticum, num. 6, fol. 88ra: „Illud c. [X 1.3.51] intelligitur in clericis vel laicis subiectis ecclesiae quo ad temporalem iurisdictionem in aliis autem nullum est remedium nisi per viam evangelicae denuntiationis in qua requiritur peccatum. Et quod denunciatus sciat vel scire debeat se teneri arg. ff. si cert. petita. l. quod te [Dig. 12.1.5]. Cum enim scit facit contra conscientiam, est autem conscientia sensus animi cognoscentis bonum et malum. Cum vero debet scire habet conscientiam erroneam. Et ideo cogitur ad correctionem erroris nam errare in eo in quo non est errandum, est peccatum (...)”.

²⁰¹ Ferme (2004); BBG Antonius de Butrio.

²⁰² Antonius de Butrio (1578) ad X 1.35.1, num. 2, fol. 94rb: „No. secundo, quod non servans pactum, peccat, mortaliter, quod patet, quia potest excommunicari: que non fertur nisi pro mortali: ut undecima quaestione 3 c. nemo episcoporum [C.11, q.3, c.41]”. Ogólne wpo

także teologiczne podstawy kanonistycznej argumentacji na rzecz zaskarżalności umów²⁰³. Nawiasem mówiąc, swój komentarz stworzył on słowami *pacta sunt servanda*, co prawdopodobnie stanowi pierwszą w historii egzemplifikację zastosowania tej słynnej paremii, która jednak zazwyczaj łączona bywa z późniejszymi autorami, zwłaszcza z Grocjuszem i z Pufendorfem²⁰⁴.

Johannes de Imola (ok. 1372-1436), nauczyciel prawa w Bolonii, Padwie i Sienie, w komentarzu do c. *Antigonus* dwukrotnie odwołał się do teologicznej doktryny grzechu związanego z przekroczeniem prawa Bożego. Pierwszym i oczywistym dlań argumentem było wskazanie na sankcję grożącą za niezachowanie umowy. Otóż, jeżeli umawiającemu się za złamanie zawartego porozumienia groziła sankcja ekskomuniki, oznaczało to, że popełniony przez niego czyn stanowił grzech śmiertelny, bowiem w innym wypadku ekskomunika nie mogłaby zostać nałożona²⁰⁵. Pod koniec zaś swojego komentarza Johannes, komentując różnice doktrynalne dotyczące praktycznego aspektu zaskarżalności wszystkich umów, zwrócił uwagę, że według Innocentego IV ten, kto składał przysięgę, zobowiązywał się wobec Boga nie zaś wobec drugiej strony i dlatego należało przeciw niemu wykorzystać działanie urzędu sędziego (*officium iudicis*), a nie skargę. Dalej jednak uznał, że jeżeli przysięga dotyczyła rzeczy godziwej, to dodatkowo powstawało z niej zobowiązanie, a więc mogła ona być zaskarżana także przez drugą stronę. Z kolei, kiedy zobowiązanie zawierało jakiś element niegodziwy ze względu na korzyść przyjmującego, to skutkowało to tym, że składający przysięgę mógł wnieść skargę – jeśli tak nie było, to zobowiązanie pozostawało w mocy. Następnie dekretalista szczegółowo przeanalizował różne koncepcje opracowane w doktrynie, rozważając konsekwencje złamanego słowa, bowiem taka sytuacja miała swoje skutki tak według prawa Bożego, jak i kanonicznego²⁰⁶. Na przykładzie tekstu Johannaesa widać, że wątki o proveniencji teologicznej, czyli konsekwencje przekroczenia prawa Bożego, w późnej kanonistyce średniowiecznej były bardzo mocno uwikłane w doktrynę ściśle prawniczą.

²⁰³ Antonius de Butrio (1578) ad X 1.35.1, num. 7, fol. 94va: „Item ius canonicum assequitur bonum et aequum secundum Deum: sed Deus inter simplicem loquelam et iuramentum, non facit differentiam 22 quaestione 5 iuramenti [C.22, q.5, c.12]: ergo secundum ius canonicum pactum habet firmitatem, quantumcunque nudum, quia habet quantum ad Deum”.

²⁰⁴ Antonius de Butrio (1578) ad X 1.35.1, fol. 94rb: „Pacta sunt servanda. h.d. Primo ponitur perfectum dictum Antigoni. Secundo ibi: universi illius dicti per concilium approbatio”. Zob. niżej 2.6.3, 2.6.4.1.

²⁰⁵ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, num. 2-3, fol. 232va: „Item no. quod non servans pactum videtur peccare mortaliter, quod patet quia potest excommunicari. Excommunicatio autem non infertur nisi per mortale peccato 11 q.3 nemo episcoporum [C.11, q.3, c.41] et facit quod habetur 22 quaestio 1. c. praedicandum [C.22, q.1, c.17]”.

²⁰⁶ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, num. 9, fol. 232vb: „Nec ob. quod pactum nudum habet concursus iuris divini et canonici”.

Argument teologiczny związany z grzechem pojawił się także w komentarzu wielkiego kanonisty XV-wiecznego, Nicolausa de Tudeschis (1386-1445), od którego w ogóle – według Karstena – doktryna kanonistów zaczęła oddziaływać na legistów²⁰⁷. Wykładał on prawo kanoniczne w Bolonii, Parmie i Sienie, pełnił liczne funkcje powierzane mu przez papieży aż do kardynałatu, był benedyktyinem, arcybiskupem Palermo (po łacinie zwane Panormus i stąd popularny przydomek Nicolausa – Panormitanus), gdzie także zmarł z powodu zarazy. Wyjaśniając głosę do c. *Antigonus* w swojej *Lectura* Panormitanus podjął z nią polemikę w punkcie dotyczącym zakresu obowiązywania rzeczzonego kanonu. Według niego glosa niesłusznie ograniczyła stosowanie tego kanonu do umów zawartych między biskupami. Przeciw takiemu wąskiemu zakresowi podmiotowemu tego prawa Panormitanus podniósł dwa argumenty. Po pierwsze, skoro tekst kanonu miał mimo wszystko charakter ogólny, to ktokolwiek by zawierał umowy, jeżeli nie byłyby odrzucone przez prawo z powodu jakiejś nikczemności, wszystkie powinny być zachowywane. Po wtóre, kanon ten powinien się stosować także do świeckich, bowiem – podobnie jak między duchownymi – jeśli nie zachowywali oni umów popadali w grzech, co uprawniało stronę poszkodowaną przez niezachowywanie umowy do wniesienia sprawy przed sędziego kościelnego, aby przeszkodzić temu właśnie grzechowi²⁰⁸. W ten sposób c. *Antigonus* miał nakłaniać do zachowywania wszystkich umów i duchownych, i świeckich.

Dalej w swojej *Lectura* Panormitanus wyjaśniając standardowe zagadnienie, jakim była kwestia środka prawnego, który przysługiwał na mocy c. *Antigonus*, przytoczył typowe argumenty teologiczne, które uzasadniały przyznanie na podstawie tego kanonu skargi przeciw stronie naruszającej porozumienie. Wskazał on, że prawo kanoniczne przez ten kanon zatwierdziło każde porozumienie, choćby było gołą umową, a kiedy prawo zatwierdzało jakieś porozumienie i nakazywało coś czynić lub dawać, zawsze dawało także stosowną skargę i zarzut. W szczególności takie stanowisko opierało się na tym, że w prawie kanonicznym nawet goła umowa otrzymywała utwierdzenie z mocy prawa Bożego, według słów Ps 89,35 („nie zmienię słowa ust moich”), a mówiąc o przysiędze prawo kanoniczne

²⁰⁷ Karsten (1882) 135.

²⁰⁸ Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, in gl. *pacta custodiantur*, sv. *episcopos*, num. 2, fol. 138ra: „Non apparet ratio, quare glo. restringat istum tex. ad pacta inita inter episcopos, sed forte hoc causa exempli: unde intelligas melius tex. generaliter, quod inter quoscunque pacta inita, ex quo non sunt a lege improbata propter aliquam turpitudinem, obseruanda sunt, unde iste tex. debet habere locum nedum inter clericos, sed etiam inter laicos, ex quo generaliter loquitur, nam laici peccant non servando pacta, et promissiones, ut in c. iuramenti 22 q.5 [C.22, q.5, c.12] ergo potest recurri ad iudicem ecclesiasticum, qui habet obviare peccato, vt in c. novit de iu. [X 2.1.13] ut compellat laicos ad observantiam pactorum”.

podkreślało, że także goła umowa miała moc zobowiązującą, zatem kto zgodził się na umowę, nie mógł od niej odstąpić bez grzechu²⁰⁹.

Interesujące rozważania na temat oceny działania obiecującego, który nie wypełnił słów obietnicy, przedstawił franciszkanin Nicolaus de Ausimo (zm. ok. 1453) w swoim dodatku do summy dla spowiedników zwanej *Pisanella*. Ważny fragment wyjaśnienia znaczenia słowa *promissio* stanowiło określenie prawnego statusu takiego porozumienia. Franciszkanin sięgnął najpierw do Akwinaty i według jego traktatu odpowiedział na pytanie o konsekwencje niewypełnienia obietnicy. Otóż, jeżeli obiecujący miał zamiar uczynienia tego, co wypowiedział, należało uznać, że nie kłamał, bowiem trwała zgodność między jego zamiarem a tegoż zamiaru zewnętrznym wyrazem. Jeżeli obiecujący nie uczynił tego, co obiecał, a więc zmienił się jego zamiar, jednoznacznie pokazał on, jak niewiernie zachował się wobec swoich słów. Święty Tomasz dopuścił dwie możliwości usprawiedliwienia takiego postępowania, a były to niegodziwość tego, co zostałyby uczynione przez spełnienie obietnicy, ponieważ prowadziło to do grzechu, oraz zmiana okoliczności osób i czynności²¹⁰. Następnie Nicolaus przytoczył za Tomaszem słowa Seneki, że człowiek był zobowiązany czynić to, co obiecał, przy czym wymagano, żeby pozostały niezmienione okoliczności, w jakich obietnica została złożona. Dalej przytoczył opinię glosy, według której z umowy gołej bądź samej obietnicy rodziła się skarga, a ten, kto od umowy odstępował dopuszczał się

²⁰⁹ Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, num. 5, fol. 138rb: „Sed de iure canonico dubitatur communiter tenetur, quod datur actio per istum tex. nam ubicunque ius approbat conventionem, super datur actio, et ius agendi ex illa conventionem, vt in l. legitima ff. de pact. [Dig. 2.14.6] sed ius canonicum approbat hoc pactum, quantumcunque nudum, ergo ex eo potest agi, maxime cum pactum quantumcunque nudum habeat approbationem, et concursum iuris divini iuxta illud prophetae. Quae procedunt de labiis meis, non faciam irrita. Et de iuramento praeallegato dicitur, quod simplex loquela obligat; ita quod conveniens peccat mortaliter. Praeterea ubicunque ius mandat aliquid fieri, vel observari, semper datur actio, et exceptio (...)”.

²¹⁰ Aquinas (1897) q. 110, art. 3, 425: „Ad quantum dicendum quod ille qui aliquid promittit, si habeat animum faciendi quod promittit, non mentitur: quia non loquitur contra id quod gerit in mente. Si vero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat. Potest tamen excusari ex duobus. Uno modo, si promisit id quod est manifeste illicitum: quia promittendo peccavit, mutando autem propositum bene facit. Alio modo, si sint mutatae conditiones personarum et negotiorum. Ut enim Seneca dicit, in libro *de Benefic.*, ad hoc quod homo teneatur facere quod promisit, requiritur quod omnia immutata permaneant: alioquin nec fuit mendax in promittendo, quia promisit quod habebat in mente, subintellectis debitis conditionibus; nec etiam est infidelis non implendo quod promisit, quia eadem conditiones non extant”. Zob. Ben. 4.35.1-3: „Promisi beneficium, nisi si quid incidisset, quare non deberem dare. Quid enim, si, quod illi pollicitus sum, patria sibi dare iusserit? si lex lata erit, ne id quisquam faciat, quod ego me amico meo facturum promiseram? Promisi tibi in matrimonium filiam; postea peregrinus adparuisti; non est mihi cum externo conubium; eadem res me defendit, quae vetat. Tunc fidem fallam, tunc inconstantiae crimen audiam, si, cum eadem omnia sint, quae erant promittente me, non praestitero promissum; alioquin, quidquid mutatur, libertatem facit de integro consulendi et me fide liberat. Promisi advocacionem: postea adparuit per illam causam praediudicium in patrem meum quaeri; promisi me peregre exiturum: sed iter infestari latrociniis nuntiatur; in rem praesentem venturus fui: sed aeger filius, sed puerpera uxor tenet. Omnia esse debent eadem, quae fuerunt, cum promitterem, ut promittentis fidem teneas; quae autem maior fieri mutatio potest, quam si te malum virum et ingratum conperi? Quod tamquam digno dabam, indigno negabo et irascendi quoque causam habebo deceptus”.

grzechu śmiertelnego. Ponownie przywołując autorytet św. Tomasza²¹¹, Nicolaus podkreślił, że wszelkie kłamstwo, które wymierzone by było przeciw czci Boga albo na szkodę najbliższych, było zgubne i śmiertelne²¹². W innym miejscu przywołał on pogląd legistów za brakiem skargi z tytułu gólej umowy pozbawionej formalności, ale zaraz dodał, że taka interpretacja była zarówno przeciwna Bogu, jak i kanonom, ponieważ ten, kto odstępował od umowy dopuszczał się grzechu śmiertelnego²¹³. Tekst Nicolausa stanowił ciekawy przykład doktryny prawniczej, kanonistycznej, zaadaptowanej na potrzeby praktyki spowiedniczej: celem takiego dostosowania było zapewnienie spowiednikowi odpowiednich narzędzi do oceny niewywiązania się z umowy na forum wewnętrznym, stąd kluczowe znaczenie miał w *Supplementum* argument teologiczny.

Innym przykładem późnej refleksji średniowiecznej kanonistyki na temat zobowiązania z gólej umowy była *Summa Angelica* (1486 r.) Angelusa Carletusa de Clavasio (1411-1495). Angelus był franciszkaninem, przez wiele lat wikariuszem generalnym zakonu, zaś jego *Summa* zyskała dużą popularność, czego symbolicznym przejawem było i to, że znalazła się pośród ksiąg spalonych w proteście przez Marcina Lutra w 1520 r. Stanowiła przykład literatury spowiedniczej, a więc nie był to traktat *stricte* prawniczy, choć swoje rozważania franciszkanin oparł w znacznej mierze na kanonistycznej doktrynie. Kwestia grzechu, jakim było niezachowanie umowy, pojawiła się w kilku fragmentach objaśnień Angelusa dotyczących znaczenia słowa *pactum*. Odpowiedź na pytanie, czy ktoś się zobowiązuje na mocy gólej umowy albo samej obietnicy, była dlań prosta: tak, bowiem w prawie kanonicznym i w sumieniu niezachowanie takiego zobowiązania było tożsame z

²¹¹ Aquinas (1897) q. 110, art. 4, 427: „Ratione vero finis intenti, aliquod mendacium contrariatur caritati: puta quod dicitur aut in iniuriam Dei, quod semper est peccatum mortale, utpote religioni contrarium; aut in nocendum proximi, quantum ad personam, divitas vel famam. Et hoc etiam est peccatum mortale: cum nocere proximo sit peccatum mortale; ex sola autem intentione peccati mortalis, aliquis mortaliter peccat”.

²¹² Nicolaus de Ausimo (1474) sv. promissio, s.f.: „Quid de illo qui aliquid promisit et postea non facit? Respondeo secundum Tho. secunda secundae q.110 [Aquinas, *Summa Theologiae*, IIaIIae, q.110]. Si ille qui promittit aliquid habet animum faciendi quod promittit non mentitur quia non loquitur contra illud quod gerit in mente. Si vero non facit quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat. Potest tamen excusari ex duobus. Uno modo si promisit illud quod est manifeste illicitum, qua promittendo peccavit, mutando autem propositum bene facit. Facit 22 q.4 in malis [C.22, q.4, c.]. Alio modo si sunt mutatae conditiones personarum et negociorum. Ut n. dicit Seneca in libro de beneficiis [Ben. 4,35=Aquinas, *Summa Theologiae*, IIaIIae, q.110, art.3], ad hoc quod homo teneatur facere quod promisit requiritur quia omnia immutata permaneant (...). Et nota secundum Ber. quod ex nudo pacto sive promissione oritur actio, licet secundum leges sit contrarium. Et quod mortaliter peccat recedens a pacto (...). Et ad hoc facit quod notat Tho. secunda secundae q.110 art.4 [Aquinas, *Summa Theologiae*, IIaIIae, q.110, art.4], videlicet quod omne mendacium quod venit contra honorem Dei vel dampnum proximi perniciosum dicitur et mortale (...).”

²¹³ Nicolaus de Ausimo (1474) sv. lex et constitutio, s.f.: „secundum leges si promitto aliquid nudo pacto i. simplici promissione sine alia iuris solemnitate, non teneor, quia non oritur inde actio ut ff. de pac. l. iurisdictionum [Dig. 2.14.7]. Contra est secundum Deum et canones, quia mortaliter peccat recedens a pacto, extra de pac. c. primo [X 1.35.1].”

popelnieniem grzechu śmiertelnego, choć dalej Angelus podał cztery rodzaje okoliczności, które ograniczały tak radykalne postawienie sprawy. Po pierwsze, zgodnie z utrwaloną doktryną kanonistyczną, Angelus dodał, że do ważności zobowiązania wymagane było istnienie *causa*, bowiem bez niej zobowiązanie nie powstawało nawet na forum sumienia. Podobnie ten, kto zawarł umowę nie mając wymaganego zamiaru zobowiązania się, nie był pod karą grzechu zobowiązany do zachowania gołej umowy, co wynikało z zasady wypracowanej przez teologów komentujących *Sentencie* Piotra Lombarda. Chyba, że zobowiązanie takie było oparte na konieczności, jak w przypadku złożonej obietnicy przekazania ubioru ojcu, której niedopełnienie mogło doprowadzić do jego śmierci z wyziębienia. Wreszcie, trzeci przykład stanowiła sytuacja, w której nie pojawiła się po złożeniu obietnicy rozsądna przyczyna, która – gdyby była obecna w momencie składania obietnicy – uchroniłaby obiecującego przed jej złożeniem; w ten sposób został przedstawiony przypadek obietnicy warunkowej. I w takiej sytuacji ten, kto nie wypełniłby gołej umowy, nie grzeszył śmiertelnie. Na koniec Angelus zastrzegł, że umowa musiała spełniać określone kryteria, tj. być uczciwa, godziwa, możliwa (*honestum, licitum, possibile, etc.*), choć dodane na koniec *et caetera* wskazuje, że nie były to wszystkie wymogi, jakie stawiał przed umową²¹⁴. W innym miejscu autor *Summa Angelica* zastanawiając się nad tym, czy z gołej umowy przysługiwała skarga stwierdził, że należało uznać, że skarga przysługiwała, skoro naruszenie zobowiązania wynikającego z takiej umowy było uznane za popełnienie grzechu śmiertelnego. Odwołał się przy tym do wielu autorów by uzasadnić, który pogląd doktryny na temat przysługującego środka ochrony był bardziej zasadny²¹⁵.

²¹⁴ Angelus Carletus de Clavasio (1578) sv. pactum, num. 4, 202: „Utrum ex nudo pacto sive ex sola promissione homo obligetur? Respondeo quod de iure canonico et in conscientia sic sub poena mortalis peccati, ut no. in c.1 de pac. [X 1.35.1] et in c. iuramenti, 22 q.5 [C.22, q.5, c.12]. Quod limo verum secundum. Collectarium, (...) quando exprimitur causa, ut promitto tibi decem, quia vendidisti mihi talem rem, vel mutuo concessisti, huiusmodi, quia si sit nudum, sic quod nulla causa est adiecta non obligat etiam in conscientia. Ratio quia praesumitur per errorem promississe. Et sic non potest allegari obligatio naturalis, cum nihil sit tam contrarium consensui, quam error (...). Adverte tamen quod si quis dicit promitto tibi centum donare quod tunc liberalitas promissionis praesumitur causa donandi, et sic non est sine causa. Similiter si promittitur aliquid loco pio, quia praesumitur obligasse se favore pie causae, nec praesumitur ibi error (...). Limo etiam et verum, quod ex nudo pacto obligatur. Scilicet quando nude paciscens habuit animum obligandi se, quia secundum communiter Theologos in 4 dist.17 [Petrus Lombardus, Sententiarum Libri Quattuor, lib.4, d.17] nemo ex quacumque promissione obligatur, nisi qui habet animum obligandi se (...). Alias si non habuit animum obligandi, non tenetur sub poena mortalis peccati ad pactum nudum servandum, nisi subesset causa quae ad hoc obligaret de necessitate precepti puta patri meo vestem qui moritur frigore, quia tenetur quamvis non habuerit animum obligandi se. Datur tertia limitatio. Scilicet si conditio vel rationalis causa non advenit postea, quae si a principio affuisset non promississet, quia si talis causa adveniret, et propterea non impleat nudum pactum, non peccaret mortaliter (...). Adde et quartum scilicet quod si honestum, licitum, possibile, etc. de quibus infra dico de pacto vestito”.

²¹⁵ Angelus Carletus de Clavasio (1578) sv. pactum, num. 5, 202: „Utrum oriatur actio ex nudo pacto? Respondeo. Inno. in c. novit de iudiciis [X 2.1.13], et multi alii quod non, sed solum competit officium iudicis

Ostatni z wybranych znaczących kanonistów to Felinus Sandeus (1444-1503), doktor obojga praw, nauczyciel prawa kanonicznego w Ferrarze i Pizie, audytor Roty Rzymskiej, biskup Penne i Atri, a potem Lukki. W swoim szerokim komentarzu do c. *Antigonus* tylko symbolicznie odniósł się do opracowanej przez kanonistów argumentacji teologicznej. Zebrał on rozważania poprzedników i obficie wykorzystał ich dorobek, lecz argument teologiczny pojawił się w kilku fragmentach *Commentaria* bez podkreślania jego znaczenia dla początków tej doktryny. Wspomniał więc Felinus o kwestii grzechu wskazując, że c. *Antigonus* miał zapobiegać grzechowi i dlatego wynikał z niego nakaz zachowywania umowy, bowiem jej złamanie prowadziło do *peccatum mortale*²¹⁶. Nieco dalej przywołał Felinus także wielokrotnie powtarzane zdanie, że Bóg nie chciał różnicy między prostą mową a przysięgą; sięgnął również po często cytowany Ps 89,35 („nie zmienię słowa ust moich”). Wątek moralnej naganności łamania obietnicy pojawił się także w jego komentarzu (opartym zwłaszcza na komentarzu teologa Richardusa de Mediavilla), który wyjaśniał znaczenie obietnicy na forum sumienia; Felinus w toku swojego wywodu podał, że ten, kto był zobowiązany z prawa natury, lecz nie składał obietnicy z intencją bycia zobowiązanym, popełniał grzech tylko powszedni²¹⁷. Jak widać, wszystkie te uwagi nie składały się na spójną prezentację argumentu opartego na grzechu, lecz raczej stanowiły wpadkowe odniesienia do niego.

Kilka przywołanych przykładów z doktryny kanonistycznej późnego średniowiecza potwierdza poczynione wyżej obserwacje, iż argument teologiczny nie był przez kanonistów szerzej rozwijany i komentowany. Był on powszechnie uznawany i utrwalił się jako podstawa doktryny o zaskarżalności umów. Kolejni kanoniści tylko krótko do niego się odwoływali, cytując te same teksty źródłowe i komentując opinie poprzedników. Niekiedy pojawiały się nowe ujęcia tej problematyki, jednak nie wносиły one nowej treści, lecz raczej w odmienny sposób prezentowały utrwaloną już doktrynę. Wątki, którym kanoniści poświęcali wiele uwagi w komentarzach były związane z praktycznymi aspektami tej doktryny oraz

implorare. Sed ego credo, quod oriatur de iure canonico, ut tenet Hostien. Ioan. An. dom. Anto. et Panormita. cum glossa in d.c.1 de pactis [gl. pacta custodiantur ad X 1.35.1] et Archidia. in c. quicumque suffragio 12 distinctio [C.12, q.2, c.66] ad minus conditione ex canone praedicti capituli. iuramenti [C.22, q.5, c.12], quod intellige in casu quando obligat ad mortale peccatum alias non”.

²¹⁶ Felinus Sandeus (1570) ad X 1.35.1, num. 5, col. 1255: „Probatur ista communis opi. multipliciter, praesertim triplici ratione, secundum Dom. hic: et prima est talis: canon providet principaliter contra peccatum, et arctat ad observandum omne id, quo non servato, esset peccatum, capi. fin. de consue. [X 1.4.11] cap.2 de maio. et ob. [X 1.33.2] Pactum autem nudum non servatum inducit mortale (...)”. Zob. Spies (1928) 128.

²¹⁷ Felinus Sandeus (1570) ad X 1.35.1, num. 11, col. 1257: „Quamvis enim ex iure naturae obligetur promittens adimplendum, quod promittit, illa tamen obligatio non est necessitatis, nisi sic se obligare intenderit, sed honestatis, et congruitatis, et ideo contraveniens non peccat mortaliter, sed venialiter”.

uporządkowaniem rozbieżnych poglądów w tym zakresie. Argument teologiczny jako fundamentalny i bezdyskusyjny nie zajmował wiele miejsca w ich pogłębianiu doktryny o zaskarżalności wszystkich umów. Ponadto, widać w drugiej połowie XV w., że pytanie o zachowywanie umów stało się także przedmiotem rozważań w tekstach adresowanych do spowiedników, a więc kwestia *stricte* prawna została dopasowana do potrzeb praktyki spowiedniczej i w ten sposób była także przekazywana dalej: to, co zostało uznane za prawniczą prawdę, włączono do poradników spowiedniczych, w których z natury rzeczy rozważania dogmatyczne nie miały znaczenia. Ta zmiana, którą można dostrzec w późnym średniowieczu, zwiastowała nadejście nowej jakości w dyskursie prawniczym i teologicznym doby wczesnonowożytnej. W ten sposób także nastąpił niejako powrót do początków tej doktryny, które tkwiły w chrześcijańskiej moralności.

1.3.3. *Detrimentum salutis aeternae*

Obok argumentacji związanej z zagrożeniem grzechem można wyodrębnić na płaszczyźnie teologicznej rację bardzo do niej zbliżoną, która operowała terminologią związaną z niebezpieczeństwem dla duszy, a więc skutkiem nie tylko o charakterze tymczasowym, ale i eschatologicznym. W ujęciu teologicznym złamanie zawartej umowy, które uważane było za grzech śmiertelny, w perspektywie wieczności wiązało się z utratą zbawienia, czyli innymi słowy zatraceniem duszy. Uwypuklenie tej dystynkcji wewnątrz argumentu teologicznego byłoby zapewne zaskakujące dla autorów średniowiecznych, bowiem oba terminy były ze sobą ściśle powiązane. Wyrazem tego powiązania był choćby jeden ze sposobów praktycznej realizacji zasady *ex nudo pacto oritur actio*, czyli instytucja doniesienia ewangelicznego (*denuntiatio evangelica*): właśnie z troski o zagrożenie dla duszy dla łamiącego umowę, donoszący był zobowiązany przedsięwziąć kroki proceduralne, które miały doprowadzić do zachowania umowy, a tym samym umożliwić drogę powrotu do stanu łaski. Zresztą i grożąca łamiącemu umowę kara ekskomuniki nie była nakładana tylko w celu ukarania, ale także w celu poprawy grzesznika i z nadzieją na jego nawrócenie. Drugi z argumentów teologicznych, czyli szkoda dla człowieczej duszy, w interesujący sposób daje się połączyć z nadrzędnym celem prawa kanonicznego, czyli troską o zbawienie dusz (*salus animarum suprema lex Ecclesiae*)²¹⁸, i wydaje się, że z tego względu warto go wyodrębnić dla wyrazistości obrazu prezentowanego współczesnemu czytelnikowi. W tym duchu ma on

²¹⁸ I dziś prawo kanoniczne ma służyć temu celowi – zob. kan. 1752 KPK.

charakter swoistego argumentu teleologicznego, powiązanego z metacalem prawa kanonicznego.

W kontekście analizowanego zagadnienia po raz pierwszy – według dostępnych źródeł – taka terminologia została zastosowana przez Goffredusa de Trano, który pod koniec *Summy* do tytułu *De pactis* wskazał, że każda umowa, nawet jeżeli nie żądano by jej zachowania, np. ze względu na jakieś braki natury formalnej, powinna być zachowana ze względu na grożącą szkodę duszy (*detrimentum animae*), podobnie jak rzecz miała się z przysięgą²¹⁹. Podobnie wypowiadając się o obowiązku zachowania wszystkich umów Bernard z Parmy zwrócił uwagę, że zachowanie niektórych umów, tych na przykład, które wywodziły się z podstępów albo były przeciwne dobrym obyczajom, prowadziłyby do zmarnowania życia wiecznego (*vergit ad dispendium salutis aeternae*)²²⁰.

Najszerzej odniósł się do tej kwestii Hostiensis. Najpierw w *Summa aurea* wyjaśnił, że to słowo było wiążące, które można było zachować bez szkody dla zbawienia wiecznego (*detrimentum salutis aeternae*), a więc jeśli nie było to niegodziwe, niemożliwe i nieuczciwe²²¹. Tak samo wyraził to niebezpieczeństwo w *Lectura* do c. *Antigonus* zaznaczając, że nie były przeznaczone do zachowywania te umowy, które działały na szkodę zbawienia wiecznego lub cielesnego²²².

Swoje rozważania na ten temat przedstawił Hostiensis także w glosie do c. *Per tuas* (X 1.43.9), w którym mowa była o zapisie na sąd polubowny. Kanonista komentując słowo *indistincte*, które określało wiążącą moc zawartej umowy zapisu, przestrzegł czytelnika, by baczył na każdą zawieraną umowę, bowiem – zgodnie z prawdą Ewangelii – wszystkie, choćby byłyby nagie, powinny być zachowywane. Dalej Hostiensis wyraził swój brak zrozumienia dla postawy chrześcijanina, który by kwestionował ten podstawowy nakaz chrześcijańskiej moralności. Skoro Ulpian, który był poganinem, nazwał edykt pretora narzędziem zachowywania naturalnej słuszności i przejawem troski o zaufanie wobec

²¹⁹ Goffredus de Trano (1519) ad X 1.35, num. 9, fol. 61ra: „In summa notandum est quod omne pactum quod servatum non exigit animae detrimentum servandum est ut dicimus in iuramento, ut infra de iureiuran. si vero [X 2.24.8] et 22 quaestio 4 si aliquid [C.22, q.4, c.6]”. Zob. Spies (1928) 46.

²²⁰ Bernardus Parmensis (1582) ad X 1.35.1, sv. pacta custodiantur, col. 439-440: „Pactum vero quod dolo in initum est, non valet infra de rerum permut. c. cum universorum [X 3.19.8] C. de excep. et praescrip. l. adversus [Cod. 8.35.3]. Item si alteri fit captiosum ff. de rescinden. vendi. si id quod pure in fi. [Dig. 18.5.7.1]. Item si sit contra bonos mores C. de inutilibus stipul. ex eo. [Cod. 8.38.4]. Item quod observatum vergit ad dispendium salutis aeternae, non tenet, infra eo. pactiones [X 1.35.8] ubi de hoc”.

²²¹ Hostiensis (1574) ad X 1.35, num. 6, col. 372: „et ideo quae procedunt de labiis tuis, tu sacerdos non facies irrita: nam et ori debet cor convenire, 23 dist. Psalmista [D.23, c.20], hoc si sit tale, quod possit servari sine detrimento salutis aeternae, et si licitum est possibile: secus, si illicium impossibile vel inhonestum, infra eod. c. ulti. [X. 1.35.8]”.

²²² Hostiensis (1512) ad X 1.35.1, sv. pacta custodiantur, fol. 184va: „Nec servandum est si vergat in detrimentum salutis aeternae vel corporalis (...)”.

wyrażonej zgody, tym bardziej o te wartości troszczyć się winien chrześcijanin. Hostiensis jeszcze wyraźniej sformułował tę myśl w pytaniu: jeżeli poganin dał moc umowie z tytułu samej słuszności prawa naturalnego, to czego można było oczekiwać od chrześcijanina, skoro ta właśnie słuszność swój wyraz znalazła zarówno w prawie, jak i w Ewangelii? Wydaje się, że już tymi słowami udałoby mu się przekonać opornych wyznawców Chrystusa do zachowywania umów, ale Hostiensis poszedł jeszcze krok dalej, pytając retorycznie: skoro ten poganin tak troszczył się o sprawy ludzkie i doczesne, które oparte były na wyraźnej zgodzie, i zabiegał o ich ustrzeżenie, jaki powinien być stosunek katolika do kanonów i do zawartych przezeń umów, skoro ich naruszenie ściągało na niego niebezpieczeństwo dla duszy? Dalej dodał także cytaty z Ojców Kościoła: według św. Hieronima więcej należało wymagać od uczniów Chrystusa niż od filozofów świata, zaś według św. Augustyna nie godziło się odstępować od jedyne Pana, by podążać za zabobonami²²³. Nawiasem mówiąc, jest dosyć prawdopodobne, że właśnie w tym fragmencie rozważań Hostiensisa pierwszy raz użyto słów, które potem trafiły do rubryki *Dekretalów* i dały podstawę do sformułowania właściwej zasady *pacta sunt servanda*, choć dla ich autora nie stanowiły one jeszcze zasady prawnej²²⁴.

Tekst Hostiensisa miał silne zabarwienie retoryczne, był pełen bezpośrednich zwrotów do adresata, powtórzeń i pytań retorycznych, przez co zyskał bardzo radykalną wymowę. Wydaje się, że na podstawie tych kilku fragmentów z pisma biskupa Ostii można uznać, że troska o zbawienie dusz faktycznie znalazła miejsce w jego pracy pasterskiej i działalności pisarskiej. Wymiar bardziej pastoralny niż ściśle prawniczy jego dzieł, inaczej niż np. u Innocentego IV, daje się więc odczytać nawet w tak fragmentarycznej lekturze.

Wydaje się, że zastosowanie argumentu teologicznego w omawianej formie również zaczęło z czasem zanikać, z uwagi na jego oczywistość. U późniejszych kanonistów w zasadzie przestał on się pojawiać, choć jeszcze Johannes Andreae w swoim komentarzu

²²³ Hostiensis (1512) ad X 1.43.9, sv. indistincte, col. 114vb: „Caveat ergo sibi is qui consentit: quia pacta quantumcunque etiam nuda secundum veritatem evangelii sunt servanda, infra de iureiu. etsi Christus [X 2.24.26] quod dic ut no. supra de pac. c.1 et c.3 [X 1.35.1; 1.35.3]. Et miror quomodo potest aliquis vere Christianus sentire contrarium: cum Ulpianus qui paganus fuit, dicat. Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere. No. si paganus facit vim in aequitate naturalis iuris rationabilis: quid debet facere Christianus de aequitate naturalis iuris, quod in lege et in evangelio continetur supra de consue. c. fi [X 1.4.11]. Si sentit quod constituta quo ad temporalia et humana ex consensu facta custodiantur: quid debet sentire catholicus de constitutis canonicis et pactis suis servandis, in quorum violatione vertitur periculum animae (...). Nam secundum Hiero. plus debet Christi discipulus quam mundi philosophus. Et vide quod dicat Augustinus, quia ab uno Domino apostatare, atque in alterius superstitionem ire non licet 26 dis. acutius in fi. [D.26, c.2]”.

²²⁴ Hyland (1993-1994) 416-418.

zacytował przytoczony powyżej wywód Hostiensisa²²⁵. Argument ten zastosowany jednak został na przykład w komentarzu Johanna de Imola, który nawiązał do niego wyjaśniając, dlaczego według prawa kanonicznego na podstawie gołej umowy należało przyznać skargę. Otóż zauważył on, że można było wyjaśnić tę różnicę między prawem kanonicznym a prawem cywilnym odwołaniem się do celu prawa: inny był cel prawa Bożego (można za niego uznać właśnie zbawienie dusz) niż cel prawa cywilnego: było ono ukierunkowane na użyteczność publiczną (*publica utilitas*). Stąd wynikało odmienne podejście obojga praw do gwarantowania realizacji określonych wartości, czego jaskrawym przykładem była kwestia zaskarżalności gołych umów²²⁶. O szkodzie dla zbawienia w kontekście prawa umów wspomniał także Antonius de Butrio, który ograniczył się jednak do powtórzenia uwag Bernarda z Parmy oraz Johanna de Imola²²⁷.

Sięgnięcie po argument związany z zagrożeniem dla duszy wynikającym z niezachowania umowy albo zachowania niewłaściwej umowy miało miejsce w przypadku kilku kanonistów XIII-wiecznych. Był to argument bardzo zbliżony do *periculum peccatis*, ale dający się wyodrębnić ze względu na sposób jego wyrażania oraz bardziej pastoralny wymiar. Wydaje się, że takie wyodrębnienie pozwoliło lepiej uchwycić specyfikę obu argumentów oraz ich rolę w tekstach doktryny, zwłaszcza, że drugi z nich z czasem stracił na znaczeniu w dyskursie prawniczym.

1.3.4. Wnioski

Doktryna o zaskarżalności wszystkich umów została oparta na argumentacji teologicznej, odwołującej się do moralnej naganności czynów polegających na złamaniu danego słowa, niezależnie od formy jego wyrażenia. Po raz pierwszy argument ten został sformułowany przez Huguccio pod koniec XII w.: powszechnie przyjętą wśród chrześcijan negatywną ocenę moralną działania tego, kto nie dochowywał obietnicy, umiejętnie połączył on z dyskursem prawniczym wyrażając jednoznacznie nakaz przestrzegania każdej obietnicy i możliwość jej skutecznego dochodzenia wobec sędziego kościelnego. Kolejni kanoniści w swoich komentarzach do *Dekretu* i do *Dekretalów* chętnie przywoływali kluczowe dla uznania tego argumentu źródła (c. *Iuramenti*, c. *Praedicandum*, c. *Pslamista*), choć nie

²²⁵ Johannes Andreae (1612) ad X 1.43.9, t. 1, num. 5, fol. 312rb-312va.

²²⁶ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, num. 8, fol. 232va: „Ergo videtur quod de iure canonico ex pacto dari debeat actio: ex quo dicas si datur concursus iuris divini ergo etiam secundum leges debet dari actio, cuius contrarium tamen est verum: ut etiam tangit glo. Posset responderi quod illud contingit quia ius civile principaliter non insequitur finem iuris divini: sed finem publice utilitatis”.

²²⁷ Antonius de Butrio (1578) ad X 1.35.1, num. 6-7, fol. 94va.

poświęcali wiele miejsca samemu omówieniu tego argumentu czy też pogłębieniu jego znaczenia. Panowała powszechna zgoda co do tego, że złamanie umowy prowadziło do grzechu i to do grzechu śmiertelnego, w związku z czym kanonistyka uznała tę przesłankę za podstawę nowej doktryny, ale jednocześnie nie stawiała sobie za cel jej bardziej szczegółowego objaśniania. Argument teologiczny miał zatem wagę trudną do przecenienia dla powstania nowej doktryny, ale kształtował on ją tylko w zakresie ogólnym²²⁸. W odniesieniu do zagrożenia dla życia wiecznego grzesznika kanoniści także podkreślali, że umowy winny być zachowywane, skoro na szali położone było tak wielkie dobro. Z czasem argument teologiczny w tym wariantcie został ujęty dogmatycznie jako argument teleologiczny: z celu prawa kanonicznego, jakim była troska o zbawienie dusz, można było także wywodzić nakaz zachowywania umów, bowiem działanie wbrew temu nakazowi prowadziło do grzechu, a grzech oznaczał zgubę dla duszy. Uznanie nakazu zachowywania umów za dogmatyczną prawdę umożliwiło lapidarne ujmowanie tej kwestii i budowanie na niej dalszych konstrukcji dogmatycznych, np. odwołujących się do celu prawa²²⁹.

Jednoznaczne przyjęcie argumentacji teologicznej odróżniło także kanonistów od prawników świeckich, którzy w różny sposób wyrażali ogólne poparcie dla koncepcji przestrzegania umów, ale ostatecznie skłaniali się do przyjęcia modelu rzymskiego. Sięgnięcie do *ratio peccati* oraz do celu prawa kanonicznego przyczyniło się do tego, że kanoniści sformułowali nowe postulaty generalne w zakresie prawa umów. Nie tylko inne racje były istotne dla kanonistów, a inne dla legistów, ale i inny był cel prawa kanonicznego od celu prawa świeckiego.

1.4. ARGUMENT PRAKTYCZNO-SPOŁECZNY

1.4.1. Uwagi wprowadzające

Drugi istotny argument merytoryczny, który dla kanonistów miał znaczenie w obronie tezy o zaskarżalności wszystkich umów, wynikał z pojmowania przez nich społecznej roli umowy. Mając fundament w postaci argumentacji teologicznej kanoniści mogli w ówczesnym społeczeństwie zaproponować także dodatkowy argument. Opierał się on w szczególności na jednym tekście źródłowym, mianowicie na c. *Antigonus*, czyli kanonie synodu kartagińskiego z 348 r., rozstrzygającym spór między dwoma biskupami, którzy umownie dokonali podziału

²²⁸ Choć nie oznaczało to, że w kontekście prawa umów kanoniści nie odwoływali się szerzej do działania Boga. Zob. np. Franciscus Zabarella (1558) ad X 1.35.1, num. 3, fol. 297rb gdzie pisał o tym, że najpierw Bóg stworzył ciało, a potem ubiór, co miało dla niego znaczenie w kontekście wyjaśniania doktryny *vestimenta pactorum*.

²²⁹ Szeroko o dogmatycznej prawdzie zob. zwłaszcza Giaro (2007) 519-616.

wiernych. Dwa fragmenty z synodalnego rozstrzygnięcia stanowiły punkt wyjścia dla ukształtowania argumentacji opartej na trosce o zachowanie umów ze względu na przypisywane umowom znaczenie dla społeczności chrześcijańskiej. Idea lapidarnie wyrażona przez ojców synodalnych w końcowej decyzji rozstrzygającej spór między biskupami słowami *pax servetur, pacta custodiantur* z czasem stała się podstawą do ukształtowania słynnej formuły *pacta sunt servanda*, zatem wolno podkreślić wagę tego argumentu dla ukształtowania całej doktryny kanonistycznej²³⁰. Poprzedzało ją zdanie *pacta debent obtinere suam firmitatem*, które także stało się dla kanonistów dodatkowym argumentem za trwałością umów. Podstawowym kluczem doboru tekstów źródłowych pierwszego z poniższych punktów było odniesienie przez kanonistów do słowa *pax*, zaś w przypadku drugiego znaczenie miało słowo *firmitas*. Wypada również nadmienić, że kategoria pokoju była bardzo szerokim zagadnieniem w okresie późnego średniowiecza, także w obszarze prawa, zaś w ramach przedstawionych rozważań został wzięty pod uwagę jedynie jej wąski wycinek odnoszący się do roli umów w utrzymywaniu pokoju²³¹.

Odniesienie do negatywnego wpływu złamania umowy na społeczeństwo można także określić jako *ratio scandali*, która obok *ratio peccati* – omówionej wyżej – miała wpływać na zachowywanie umów i być źródłem wymierzania sankcji przeciw tym, którzy ich nie dochowywali²³².

1.4.2. *Pax servetur, pacta custodiantur*

Zwieńczenie c. *Antigonus* zawierało dwa powiązane wskazania: troskę o zachowanie pokoju oraz nakaz przestrzegania umów. Jedno wynikało z drugiego: zachowanie pokoju było dla ojców synodalnych celem do osiągnięcia w rozstrzyganej sprawie, zaś przestrzeganie umów było środkiem do osiągnięcia tego celu. Kanoniści w swoich pismach akcentowali w różny sposób znaczenie obu tych elementów. Na wstępie warto zauważyć, że w komentarzach kanonistów regularnie pojawiało się etymologiczne wyjaśnienie terminu *pactum*, które wprost

²³⁰ Na marginesie wolno zauważyć dziwny zbieg okoliczności, który połączył z jednym miastem formułę *pacta sunt servanda*: z jednej strony wobec tego miasta Katon wypowiedział najsłynniejsze zdanie Rzymianina z zastosowaniem *gerundivum* (*Ceterum censeo Carthaginem esse delendam*), z drugiej zaś to w tym mieście zebrał się synod, którego kanon dał podstawę tej zasadzie, opartej językowo także na *gerundivum*; ten intrygujący zbieg zaobserwował Hyland (1993-1994) 420-421.

²³¹ Zob. np. Lambert (2009); Jansen (2018).

²³² Scigliano (2007) 127.

więzało go ze słowem *pax*: było ono inspirowane w szczególności słowami Ulpiana oraz definicją św. Izydora z Sewilli²³³.

Największy wkład w rozwój omawianego zagadnienia wniesiony przez Bernarda z Pawii (?-1213) polegał na odnalezieniu rzezonego kanonu synodu kartagińskiego pośród tekstów źródłowych prawa kanonicznego, bowiem nie został on zamieszczony w *Dekrecie*²³⁴. Bernard pochodził z Pawii, studiował w Bolonii u Bazianusa, Gandulphusa i zapewne Huguccio, potem sam wykładał w tym samym miejscu, później pracował w rzymskiej kurii, następnie został biskupem Faenzy, a zwieńczeniem jego pracy było biskupstwo w Pawii. W swojej *Summa decretalium* przedstawił interesującą odpowiedź na pytanie o skutek umów (*effectus pactorum*)²³⁵. Mianowicie Bernard wskazał, że skutkiem, celem umów było to, aby były przestrzegane, o ile nie były przeciwne ustawom lub dobrym obyczajom. Do tej krótkiej odpowiedzi Bernard dodał cztery teksty źródłowe, które były przykładami innych norm ograniczających skuteczność umów przeciwnych ustawom lub dobrym obyczajom²³⁶. Według Petera Landaua taki kształt wypowiedzi Bernarda sugeruje, że pierwszy jej człon, tj. stwierdzenie, z którego wynikał nakaz przestrzegania umów, nie wymagał dodatkowego oparcia w źródłach, poza kanonami zawartymi w stosownym tytule *Breviarium extravagantium*, a w szczególności c. *Antigonus*²³⁷. Można zatem uznać, że od Bernarda w doktrynie kanonistów obecny był nakaz zachowywania umów, niezależnie od podobnych sformułowań, które znane były prawu rzymskiemu, takich jak pretorskie *pacta conventa (...)* *servabo* (Dig. 2.14.7.7). Fragment *Summa* Bernarda to także przykład na to, że właśnie w ramach tego typu argumentacji kanoniści wspominali o granicach nowej zasady, podobnie jak Bernard wskazał na ustawy i dobre obyczaje.

Bardzo podobnie tę samą myśl wyraził pół wieku później Goffredus de Trano, który we fragmencie *Summa super titulis Decretalium* do tytułu *De pactis* wyjaśnił, że skutkiem czy też celem umów było uzyskanie zgodności między tym, co wynikało z umowy, a tym, co zostało faktycznie wykonane, jak domagały się tego kanony pierwszy i trzeci rzezonego

²³³ Dig. 2.14.1.1: „Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est)”; Etym. 5.24.18: „Pactum dicitur inter partes ex pace conveniens scriptura, legibus ac moribus conprobata; et dictum pactum quasi ex pace factum, ab eo quod est paco, unde et pepigit”; zob. np. Goffredus de Trano (1519) ad X 1.35, num. 2, fol. 60ra; Hostiensis (1574) ad X 1.35, num. 2, col. 363. Krótko o św. Izydorzcie i jego wpływie na kanonistykę zob. Sobański (2009) 9-13.

²³⁴ Zob. wyżej, 1.2.3.

²³⁵ Spies (1928) 38.

²³⁶ Bernardus Papiensis (1860) lib. 1, tit. 26, § 4, 21: „Effectus pactorum est, ut serventur, nisi sint contra leges vel contra bonos mores, ut ar. Di. X. *Constitutiones* (c. 4) [D.10, c.4] et C. VIII qu. 3 *Talia* (c. 1) [C.8, q.3, c.1] et C. XXV qu. 2 *Imperiali* (c. 13) [C.25, q.2, c.13] et Cod. eod. *Pacta* (L. 6) [Cod. 2.3.6]”.

²³⁷ Landau (2003) 466; zob. Bernardus Papiensis (1576) 1.26.1, fol. 20rb (=X 1.35.1).

tytułu²³⁸. Ujęcie obowiązku zachowania umowy jako podstawowego elementu ją definiującego wskazuje, że dla kanonistów był to istotny punkt w ramach tego zagadnienia. W ten sam sposób do problematyki celu umów odniósł się Wincenty z Beauvais w *Speculum doctrinale*, który uznał, że o ile umowy nie były niegodziwe, sprzeczne z prawem, z dobrymi obyczajami albo z naturą kontraktu, lub nie zawierały niemożliwego warunku – powinny być zachowywane²³⁹.

Ważne ustalenia doktrynalne związane z interpretacją decyzji synodalnej zawarł w swoich pracach Bernard z Parmy. W *Casus* poza uzupełnieniem stanu faktycznego wyjaśniającego istotę sporu biskupiego bardzo okrojonego w *Dekretalach* przez dominikańskiego kompilatora Rajmunda z Peñafort (ok. 1180-1275), dodał na sam koniec własną uwagę stwierdzając, że biskupi winni zachowywać umowy²⁴⁰. Uwagi Parmensisa zamieszczane w formie podsumowania jego kazusów można interpretować jako swego rodzaju wytyczne interpretacyjne. W tym przypadku jego krótki komentarz stanowiłby więc potwierdzenie fundamentalnego przesłania normatywnego c. *Antigonus*, choć jednocześnie ograniczał jego zastosowanie tylko do sporów między biskupami.

Większe znaczenie niż *Casus* miała jednak *Glossa ordinaria* Bernarda, w której przy słowach *pacta custodiantur* umieścił on cały swój komentarz do c. *Antigonus*. Bernard wskazał najpierw, że w kanonie chodziło o umowę zawartą między biskupami, którzy spierali się między sobą o prawo do wiernych. Kanonista podkreślił, że istniał szereg argumentów źródłowych, które wskazywały, że *pacta legitima* winny być zachowywane. Dalej dodał, że *pacta legitima* były to te umowy, które nie były zawierane podstępnie, przeciw ustawom albo przez oszustwo. Następnie zaznaczył, że umowa, która miałaby źródło w działaniu podstępnym byłaby nieważna. Podobnie należałoby ocenić ważność umowy gdyby to druga strona działała zwodniczo albo gdyby umowa była przeciwna dobrym obyczajom. Wyliczenie wszystkich tych okoliczności, ograniczających wiążącą moc zawartych umów, zostało poparte przez Bernarda przytoczeniem stosownych argumentów źródłowych z prawa

²³⁸ Goffredus de Trano (1519) ad X 1.35, num. 6, fol. 60vb: „Effectus pactorum est, ut quod pactum deducitur observetur ut infra eodem c.1 et 3 [X 1.35.1; 1.35.3] et quamvis secundum leges ex nudo pacto non oriatu actio”.

²³⁹ Vincentius Belvacensis (1591) lib. 7, cap. 107, fol. 116ra: „Effectus pactorum est ut serventur, nisi sint inhonesta, vel contra iura, sive contra leges, vel contra bonos mores, vel contra substantiam contractus, vel nisi sit impossibilis conditio”.

²⁴⁰ Bernardus Parmensis (1484) ad X 1.35.1, sf.: „unde petebat ut pacta inita inter eos serventur aut conventus, si se non correxerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam universi dixerunt pax servetur, pacta custodiantur. Nota quod pacta servari debent”.

kanonicznego i rzymskiego²⁴¹. W dalszej części komentarza Bernard skupił się na *pacta nuda* i przedstawił argumentację teologiczną na rzecz stanowiska opracowanego przez kanonistów.

Hostiensis konieczność zachowywania umów podkreślił w swoich pracach w kilku miejscach. W *Summa aurea* omawiając zagadnienie skutku umów wskazał podobnie jak jego poprzednicy na to, że umowy winny być zachowywane wszelkimi sposobami, choć dodał dalej, że przestrzeganie postanowień umownych nie dotyczyło umów niegodziwych, niemożliwych ani nieuczciwych (*illicitum impossibile vel inhonestum*)²⁴². W *Lectura* zaś do c. *Novit ille*, wyjaśniając zastosowanie doniesienia ewangelicznego w różnych przypadkach zaznaczył, że co do zasady nie mógł sędzia dopuścić złożenia takiego doniesienia w sposób ogólnikowy, chyba że w sprawie zachodziła jedna z czterech wskazanych okoliczności: brak sprawiedliwości, wzgląd na pokój bądź przysięgę lub brak wysłuchania na forum cywilnym; oprócz tego wskazał i inne okoliczności, które uzasadniały dopuszczenie doniesienia ewangelicznego, np. kiedy ktoś nie został wysłuchany na forum świeckim lub sprawa dotyczyła zobowiązania czysto naturalnego, na co przykład stanowił c. *Antigonus*²⁴³. Wzgląd na pokój (*ratione pacis*) został przez biskupa Ostii rozpoznany jako jedna z przesłanek istotnych dla skorzystania z doniesienia ewangelicznego, którą widział on jednocześnie jako jedną z instytucji służących dochodzeniu naruszonej umowy. Także w komentarzu do słów *pax servetur* z c. *Antigonus* Hostiensis wyjaśnił, że chodziło o pokój, który odnosił się do spraw Kościoła²⁴⁴, zaś słowa *pacta custodiantur* dotyczyły według niego umów

²⁴¹ Bernardus Parmensis (1582) ad X 1.35.1, sv. *pacta custodiantur*, col. 439-440: „reformata per pacta inita inter episcopos, qui contendebant adinvicem de iure parochiali. Et ita est arg. quod pacta legitima custodiantur 20 q.1 puellae in fi. [C.20, q.1, c.8] et 22 q.4 innocens [C.22, q.4, c.23] et 18 q.2 Eleutherius [C.18, q.2, c.30]. Pacta enim legitima, quae neque dolo malo neque adversus leges, neque quibus fraus alicui fiat, facta sunt: servabo ait praetor ff. de pact. l. iurisgentium § ait praetor [Dig. 2.14.7.7]. Pactum vero quod dolo initum est, non valet infra de rerum permu. c. cum universorum [X 3.19.8] C. de excep. et praescrip. l. adversus [Cod. 8.35.3]. Item si alteri fit captiosum ff. de rescinden. vendi. si id quod pure in fi. [Dig. 18.5.7.1]. Item si sit contra bonos mores C. de inutilibus stipul. ex eo. [Cod. 8.38.4]”

²⁴² Hostiensis (1574) ad X 1.35, num. 6, col. 372: „hoc si sit tale, quod possit servari sine detrimento salutis aeternae, et si licitum est possibile: secus, si illicitum impossibile vel inhonestum infra eod. c. ulti. [X. 1.35.8]”.

²⁴³ Hostiensis (1512) ad X 2.1.13, sv. *corripe*, fol. 122rb: „In foro autem canonico requiritur monitio (...) sed de plano expeditur (...). Tamen iudex ecclesiasticus hanc denunciationem non debet admittere indistincte, nisi in defectum iusticie, vel ratione pacis, vel iuramenti. Vel secundum d.n. quando alias non audiretur in foro civili, puta quando obligatio naturalis tantum est super quo vide quod no. supra de pactis c.1 [X 1.35.1], vel quando notorium est peccatum, ut probatur in inferioribus, vel quando hanc proponit persona miserabilis et depressa”.

²⁴⁴ Hostiensis (1512) ad X 1.35.1, sv. *pax servetur*, fol. 184va: „Quae ad ecclesiam spectat ut supra ti.1 c. fi. super verbo rustici [X 1.34.2]”. W komentarzu do X 1.34.2 Hostiensis nie podał jednak osobnego wyjaśnienia słowa *rustici*. W związku z tym wydaje się, że można dla wyjaśnienia powyższego zdania sięgnąć do tych słów: „tamdiu ergo privilegium habent rustici, quamdiu agros colunt: et vadunt et redeunt. Et idem intelligas de mercatoribus dum mercimonia sua exercent. Et sic ad tempus habent treugas hi qui in hoc vero continentur” (ad X 1.34.2, sv. *et in agricultura existentes*, fol. 184rb). Być może chodziło mu o podkreślenie, że

zaskarżalnych, o ile nie były przeciwne ustawom bądź dobrym obyczajom oraz jeśli nie były podstępne bądź nie działały na szkodę zbawienia²⁴⁵. Wydaje się, że te krótkie fragmenty z pism Hostiensisa można interpretować następująco: stanowisko ojców synodu w Kartaginie zostało w c. *Antigonus* wyrażone tak jednoznacznie, że nie wymagało dodatkowych powtórzeń, a zadaniem doktryny było raczej określenie granic dla stosowania tego starożytnego prawa, co też Hostiensis starał się w różnych miejscach swoich dzieł czynić. Zebrane razem uwagi Hostiensisa mogą również służyć do prezentacji jego poglądów na kryteria budowania pokoju w społeczeństwie, pośród których należałoby wskazać na pierwszym miejscu wzgląd na zbawienie innych (temu służyła *denuntiatio evangelica*), troskę o dobro Kościoła oraz szeroko rozumianą godziwość umów.

Interesujące rozważania na temat znaczenia zachowania pokoju przedstawił Jan Andrzejowy, który w komentarzu do słów *pax servetur* skorzystał ze *Speculum* Durandusa, wiążąc rzeczony kanon z zagadnieniem umowy pokojowej. Celem wyводу Jana było wyjaśnienie, w jakich warunkach dochodziło do złamania pokoju przez działania o charakterze zbrojnym. Jan podał za Durandusem kilka przykładów sytuacji, w których mogło dojść do naruszenia pokoju poprzez spowodowanie śmierci czyjegoś krewnego. Chodziło o wyjaśnienie, kto może układać się o zawarcie porozumienia co do pokoju między stronami w różnych sytuacjach wskazujących na jego naruszenie²⁴⁶. Był to zatem przykład zaczerpnięty z zupełnie innego obszaru prawa, zaadaptowany na potrzeby wyjaśnienia roli zachowywania pokoju w społeczności chrześcijańskiej. Przykład tekstu Jana Andrzejowego obrazuje jak wielkie znaczenie miała kategoria pokoju dla utrzymania ładu w ramach społeczeństwa, a pośrednio dowodzi także, że umowy jako narzędzie wprowadzania pokoju miały istotny

pokój w Kościele ma być zachowany w tym, co dotyczy jego spraw, tak jak przywilej bezpieczeństwa odnosił się do wskazanych osób tylko wtedy, gdy wykonywały właściwe sobie prace.

²⁴⁵ Hostiensis (1512) ad X 1.35.1, sv. *pacta custodiantur*, fol. 184va: „legitima (...) quod verum est dummodo non sint contra leges: vel contra bonos mores, et nisi dolo fiat (...). Nec servandum est pactum alii damnosum sive captiosum (...) quod si dolo fiat: non valet (...). Nec servandum est si vergat in detrimentum salutis aeternae vel corporalis”.

²⁴⁶ Johannes Andreae (1612) ad X 1.35.1, sv. *pax servetur*, t. 1, num. 3-5, fol. 272va: „scias, quod pacem, quam feci cum inimico, non videor frangere fideiubendo pro illo quem accusat. Si vero quilibet nostrum pro se, et tota parte sua pacem fecit, pacem rumpo occidendo consanguineum eius, qui sibi in guerra servierat. De his in Specu. de treuga et pace, vers. pe. et ulti. [Guillelmus Durandus, *Speculum iudiciale*, lib. 4, part. 1, de treuga et pace] an pupillus vero de morte patris pacem facere possit et quid de tutore, et quid de vulnerato, qui pacem fecit, et mortuus est, et quid si mihi pacem fecit nomine vulnerantis, ut illum sibi facerem, quam feci mortuo vulnerato, vide in Specu. de homicidio. vers. illud quare, et sequentibus [Guillelmus Durandus, *Speculum iudiciale*, lib. 4, part. 4, de homicidio] et de accusatore versicu. sed pone, et in veriscu. ibi sequenti [Guillelmus Durandus, *Speculum iudiciale*, lib. 1, part. 2, de accusatore] tractatur an absolutus, vel damnatus de vulnerato mortuo, possit accusari de morte”.

wpływ na kształt stosunków społecznych i z tego względu domagały się ze swojej natury przestrzegania.

Baldus krótko wspomniał o rozważaniach Innocentego IV i przypomniał, że prawo kanoniczne dla ważności umowy wymagało istnienia przyczyny zewnętrznej (*causa extrinseca*), gdzie zaś umowa miała przyczynę zewnętrzną jak dobrowolność, pokój czy zgodę (*liberalitas, pax, concordia*), wtedy jej zachowanie było konieczne. Z tego też względu trudno było nazywać taką umowę dalej „gołą” – Baldus w tym miejscu przywołał popularną opinię, że umowa taka według kanonisty była ubrana z uwagi na sankcję kanoniczną²⁴⁷. Baldus tylko marginalnie wspomniał o znaczeniu pokoju dla prawa umów, ale uznał jego ważką rolę w ocenie wymagalności obowiązku dochowywania umowy.

Wiele razy do zagadnień związanych z utrzymywaniem pokoju poprzez przestrzeganie umów odnosił się Franciscus Zabarella (1360-1417), doktor obojga praw, profesor w Padwie, biskup Florencji, kardynał i zwolennik koncyliaryzmu, co czyniło z niego jednego z kandydatów na stolicę Piotrową podczas soboru w Konstancji, podczas którego zmarł z powodu zarazy. Kanonista ten starał się rzetelnie przedstawić różnorodne poglądy dotyczące praktycznych aspektów zasady *ex pacto nudo de iure canonico detur actio*, uwzględniając i ten oparty na interpretacji *pax*. Pierwszy i najbardziej popularny pogląd według niego opierał się na wyciągnięciu konsekwencji ze słów kanonów, które nakazywały zachowanie umów: skoro bowiem formułowały taki nakaz, musiały one dawać także środek do jego realizacji, czyli skargę²⁴⁸. Drugi pogląd, reprezentowany przez autorów przeciwnych przyznawaniu skargi, opierał się na podkreśleniu, iż tekst kanonu sformułowany został bezosobowo, a więc nie chodziło ojcem synodalnym o przyznanie komukolwiek skargi, lecz o wyrażenie ogólnego postulatu związanego z przestrzeganiem umów²⁴⁹. Według trzeciego odczytania tej zasady, które proponował m.in. Odofredus, z c. *Antigonus* wynikał nakaz przestrzegania umowy, ale nie oznaczało to, że jest on podstawą dla skargi, lecz wyłącznie dla stosownych

²⁴⁷ Baldus de Ubaldis (1578) ad X 1.35.1, sv. *pacta custodiantur*, num. 5, fol. 122ra: „Inno. intelligit istud capitulum cum distinctione vocis civilis et bene, ubi pactum requirit causam extrinsecam (...). Sed ubi habet causam extrinsecam, ut liberalitatis, pacis et concordiae, tunc pactum est omnino servandum ut hic propterea istud non est pactum nudum, sed vestitum roborae canonicae sanctionis, unde tu canonista addis ad vestimenta pactorum unum vestimentum quod appellatur vestimentum roboris”.

²⁴⁸ Franciscus Zabarella (1558) ad X 1.35.1, num. 3, fol. 296va: „Et primo per opinione et lectura predicta est ratio: quia dicitur hic *pacta custodiantur* et infra c.3 dicit opere compleantur [X 1.35.3]. Cum autem aliquid debet custodiri seu servari intelligitur quod competit actio ubi observetur”.

²⁴⁹ Franciscus Zabarella (1558) ad X 1.35.1, num. 3, fol. 296va: „pono secundam lecturam, scilicet quod contra non servantem competit imploratio officii iudicis ecclesiastici: qui monebit non servantem, ut observet: et non parentem excommunicabit, pro hoc quia litera dicit impersonaliter, *pax servetur et pacta custodiantur*. Et sic non videtur dare actionem parti (...). Et haec lectio non involuit literam nec destruit iura civilia: et per eam satisfit volenti quod pactum observetur, prima tamen lectura fuit hactenus teneta per multos, sed secunda minus habet scrupuli. Et ex ea nota quod de iure canonico et naturali non competit actio: sed officii imploratio”.

sankcji kościelnych. Komentując czwarty już sposób odczytania znaczenia zasady kanonicznej Zabarella podał interpretację c. *Antigonus* przyjmującą za najważniejsze jego przesłanie właśnie nakaz zachowywania pokoju. Według tej interpretacji kanon ten dotyczył umowy o pokój i stąd na korzyść pokoju należałoby przyjmować jego znaczenie praktyczne. Wydaje się, że Zabarella nie podzielił jednak tej opinii, wskazując, że w kanonie nie było mowy o umowie pokojowej, tym samym odrzucił on te interpretacje c. *Antigonus*, które wiązały go bardziej z tytułem *De treuga et pace* niż z tytułem *De pactis* (ten pierwszy bezpośrednio poprzedzał ten drugi w układzie pierwszej księgi *Liber extra*)²⁵⁰.

W innym jeszcze miejscu Zabarella analizując zakres podmiotowy zastosowania doktryny kanonistów wskazał, że można było poznać, iż dotyczyła ona nie tylko biskupów czy – szerzej – duchownych, ale także świeckich, co do których Kościół miał jurysdykcję, z tego właśnie, że domagała się ona by zachowany był pokój²⁵¹. Nawiasem mówiąc, podobną myśl wyraził także choćby Antonius de Butrio w swoim nieco późniejszym komentarzu²⁵².

Podsumowując, komentarze Zabarelli do wypracowanych sposobów interpretacji c. *Antigonus* stanowią dobry przykład tego, że dla kanonistów nakaz troski o pokój powiązany z zachowywaniem umów miał znaczenie w formułowaniu koncepcji doktrynalnych. O ile zatem pierwsi komentatorzy c. *Antigonus* tylko symbolicznie wspominali o tym, że argumentem przemawiającym za zachowywaniem umów jest także utrzymywanie pokoju, o tyle widać, że wraz z rozwojem kanonistyki niektóre interpretacje c. *Antigonus* wręcz opierały się na uznaniu pokoju za kluczową wartość, która powinna być chroniona przez prawo kanoniczne.

Petrus de Ancharano (ok. 1333-1416)²⁵³, uczeń m.in. Baldusa, nauczyciel prawa w Padwie, Sienie, Wenecji i Bolonii, uczestnik soborów w Pizie i Konstancji, także podkreślił w ślad za głosem, że umowy prawidłowo zawarte winny być zachowane, za wyjątkiem tych, które były przeciwne ustawom, konstytucjom, dobrym obyczajom, itd. (*contra leges, contra*

²⁵⁰ Franciscus Zabarella (1558) ad X 1.35.1, num. 3, fol. 296vb: „Tertiam lectu. posuerunt alii, ut Odo. dicentes pacta custodiantur, scilicet quatenus sunt custodienda: non tamen quod detur actio quod nihil est et repugnat literae quae dicit non servantem debere sentire ecclesiasticam disciplinam. Quartam lec. ponunt alii, quod hic loquitur de pacto pacis per illa verba pax servetur, et hoc pacis favore, et sic secus in aliis: haec non procedit: quia in principio dicit generaliter quod pacta obtineant suam firmitatem et subdit quod pax servetur et pacta custodiantur: nec tamen dicit de pactis super pace, unde videtur verior secunda lec.”.

²⁵¹ Franciscus Zabarella (1558) ad X 1.35.1, num. 3, fol. 296rb: „potes etiam hic intellegi generaliter etiam quo ad laicos: quia in eos habet ecclesia iurisdictionem ut pax servetur supra tit. 1 c.1 et 2 [X 1.34.1; 1.34.2]”.

²⁵² Antonius de Butrio (1578) ad X 1.35.1, in glo. pacta custodiantur, sv. custodiantur, num. 5, fol. 94va: „Vel dic, quod etiam quo ad laicos habet ecclesia iurisdictionem, ut pax servetur, ut dicto capitul. novit in fine [X 2.1.13].”.

²⁵³ Condorelli (2015); BBG Petrus de Ancharano.

constitutiones, contra bonos mores, etc.)²⁵⁴. W swoim komentarzu rozwinął on podobnie jak inni wątek umawiania się o zachowanie pokoju w oparciu o *Speculum*²⁵⁵. Wspomniał także, że ten, kto postępował wbrew umowie, powinien być zmuszony do jej zachowania, choć dopuścił wyjątki umożliwiające odstąpienia od umowy, np. wobec tego, kto popełnił cudzołóstwo z żoną kontrahenta albo go okradł²⁵⁶. W świetle tego, jak pojmowali kanoniści pokój wprowadzany przez umowę, niedochowanie umowy ze stroną dopuszczającą się takich czynów nie było jednak zniweczeniem pokoju, bowiem tego typu późniejsza przyczyna usprawiedliwiała odstąpienie od umowy. Taka umowa żadną miarą nie służyła już budowaniu pokoju, co świadczyło o tym, że Petrus miał świadomość społecznego znaczenia pokoju i społecznego uwikłania umowy. Ten fragment jego rozważań stanowił kolejny przykład przeniesienia do rozważań o c. *Antigonus* zagadnień związanych bardziej z kwestią umów pokojowych. Dalej jednak w swoim komentarzu Petrus nie odwołał się bezpośrednio do wartości pokoju, jako argumentu przemawiającego za zachowywaniem umów.

Argumentacja sięgająca do społecznej roli umów często pojawiała się także w komentarzu Johannes de Imola. W krótkim wyjaśnieniu przypadku wskazał on, że twierdzenie o konieczności zachowywania umów sformułował biskup Antygon, zaś grożącą za naruszenie tego nakazu sankcją w postaci kary ekskomuniki określili ojcowie synodalni²⁵⁷. Podobnie jak Zabarella Johannes de Imola wykorzystał także odniesienie do pokoju społecznego w kontekście władzy Kościoła, aby zwrócić uwagę na to, że c. *Antigonus* mógłby być stosowany także wobec świeckich, ale nie było intencją papieża rozszerzanie jurysdykcji Kościoła. Wyjątkiem był c. *Novit ille*, który dawał także świeckim możliwość złożenia doniesienia ewangelicznego o grzechu²⁵⁸. Szerzej odniósł się Johannes także do kwestii, które zaczęto wiązać z interpretacją c. *Antigonus* wynikających ze *Speculum* Durandusa. Wyjaśniając te

²⁵⁴ Petrus de Ancharano (1581) ad X 1.35.1, num. 4, 316: „Sol. dicit glo. pacta regulariter sunt servanda, fallit, quando essent contra leges, contra constitutiones, contra bonos mores, etc.”.

²⁵⁵ Petrus de Ancharano (1581) ad X 1.35.1, num. 2, 315.

²⁵⁶ Petrus de Ancharano (1581) ad X 1.35.1, num. 3, 315: „Tertio no. quod ille, qui venit contra pactum, debet cogi ad eius observantiam, quin autem dicatur venire contra pactum: dic, quod quinque directe: quandoque indirecte, si enim quis promissit quem non offendere faciendo pacem: si postea adulteratur eius uxorem, vel furatur sibi: an dicatur offendere, et pacem rumpere? dic per Barto. (...) ex causa vero supervenienti posset quis recedere a pacto, sicut etiam a iuramento”.

²⁵⁷ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, fol. 232rb: „Pax et pacta sut servanda alias quis potest excommunicari. h.d. Et primo ponitur dictum Antigoni. Secundo illius dicti per concilium approbatio, secunda ibi universi”.

²⁵⁸ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, in glo. pacta custodiantur, sv. inter episcopos, num. 6, fol. 232va: „Posset tamen dici quod etiam quo ad laicos ecclesia habet iurisdictionem ratione pacis ut ille servetur, per ea quae habentur in d.c. novit [X 2.1.13], sed ubi aliis non ageretur de pace videtur quod papa non habet se intromittere quo ad laicos: nisi res deduceretur ad iudicium ecclesiae per viam denuntiationis peccati: ut plene legitur et notatur in d.c. novit [X 2.1.13]”.

zagadnienia dotyczące utrzymywania pokoju między ludźmi i konsekwencji łamania ustaleń pokojowych, Johannes zaznaczył, że zagadnienie to lepiej pasowałoby do poprzedniego tytułu *Liber Extra*, czyli do tytułu *De treuga et pace*, ale mimo wszystko przywołał je tutaj za Antonium²⁵⁹. Wydaje się, że to spostrzeżenie było jak najbardziej na miejscu, bowiem wzmiankowanie rozważań Durandusa dotyczących pokoju w komentarzu do kanonu dotyczącego prawa umów tylko ze względu na zbieżność tych terminów niewiele wносиło do wyjaśnienia *c. Antigonus*. Wprawdzie dzięki temu kanoniści dali mocniejszy wyraz przywiązaniu do idei utrzymywania pokoju społecznego za pomocą umów jako stosownego narzędzia, jednak wydaje się, że było to połączenie zagadnień zasadniczo odrębnych. W pewnym sensie był to przykład swoistej bezwładności doktrynalnej: kolejni autorzy w celu ujęcia wszystkich aspektów prezentowanej kwestii nieraz powtarzali wątki, które były pozbawione większego znaczenia, tylko ze względu na to, że chcieli zebrać cały dorobek wcześniejszej jurysprudencji. Do dziś tego typu praktyka przyczynia się raczej do zaciemniania przekazu niż rozjaśniania prezentowanych zagadnień. Jest to także charakterystyczne dla dyskusji dogmatycznej, którą cechuje dążenie do kontynuacji i powściągliwość wobec myślenia odbiegającego od ortodoksji: tak jak początek argumentacji teologicznej leżał poza prawem, tak i zmiany w dogmatyce prawa biorą się często z inspiracji leżących poza dyskusją prawniczą.

Również Panormitanus kilkakrotnie w swoim komentarzu do *c. Antigonus* wspominał o kwestii utrzymywania pokoju za sprawą zachowywania umów. We wstępie stwierdził, że można ten kanon bardzo krótko podsumować: umowy, choćby były nagie, winny być zachowywane. Innymi słowy, obowiązkiem sędziego kościelnego było troszczenie się o tego, kto umowę zachował, przeciw temu, który umowy nie dochował. Troska sędziego wynikała zaś ze słów biskupa Antygona, a gorsza sytuacja łamiącego porozumienie wynikała z rozstrzygnięcia ojców synodalnych. Także w kazusie Nicolaus de Tudeschis zaznaczył, że sam Antygon prosił o to, by umowy były zachowywane²⁶⁰.

²⁵⁹ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, num. 9-12, fol. 232vb: „Ultimo tangit do. Ant. aliquas quaestiones quae melius stetissent in ti. praecedenti. Una est si feci pacem cum inimico meo: an videar frangere pacem fideiubendo pro illo qui eum accusat (...) ubi etiam tangit si fecimus pacem ego et tu: et quilibet nostrum pro parte sua: an si postea vulnero consanguineum tuum videatur pax fracta (...) tangit etiam do. Ant. an pupillus possit facere pacem de morte patris: et quid de tutore. Et an absolutus vel damnatus de vulnere si postea moriatur vulneratus possit accusari de morte”.

²⁶⁰ Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, num. 1, fol. 137vb: „Antigonus. Potest primo generaliter summari sic. Pacta quantumcunque nuda servanda sunt. Vel aliter sic. Iudex ecclesiasticus providet servanti pactum contra non servantem. Dividitur. Nam primo ponitur dictum Antigoni episcopi. Secundo approbatio Concilii, ibi, dixerunt universi (...).Unde petebat, ut pacta inita servarentur: aut conventus si se non correxerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam: universi dixerunt pax servetur, pacta custodiantur”.

Dalej w swoim komentarzu Panormitanus wspomniał o związku umowy z pokojem w kontekście definicji umowy, co było typową praktyką wśród kanonistów. Definicja umowy była dla niego istotna ze względu na to, że wychodząc z tego punktu starał się wyjaśnić, jaki środek był najbardziej adekwatny w przypadku naruszenia gołej umowy. Umowa była więc według niego porozumieniem dwóch lub wielu uczynionym dla wprowadzenia pokoju, zgodnie z etymologią słowa *pactum*, którą Panormitanus oparł na słowach Ulpiana²⁶¹. Dalej wątek ten powrócił pod koniec jego komentarza, gdzie przedstawił on własny pogląd na temat najbardziej odpowiedniego środka procesowego dostępnego na podstawie prawa kanonicznego. Podjął on polemikę ze stanowiskiem Zabarelli, według którego finalnie tylko działanie urzędu sędziego mogło być pomocą dla strony dochodzącej skuteczności umowy. Według Panormitanusa szereg argumentów przemawiał za przyznaniem większej ochrony. Pośród nich wymienił samo stwierdzenie synodu, który prosto uznał, że umowy winny być zachowywane, a także inne argumenty źródłowe. Ważną rolę przypisał Panormitanus także c. *Qualiter* i pokazał, że z jego krótkiej treści jasno wynikało to, iż prawo kanoniczne winno dać stosowne narzędzia do działania w przypadku naruszenia umowy. Skoro bowiem teksty źródłowe wskazywały, że umowy cechuje obowiązek ich zachowywania, to należało oczekiwać, że stosowny środek także zostanie zapewniony, by faktycznie sędzia kościelny mógł działać w celu zachowywania zawartych umów²⁶².

Zbierając razem te rozsiane w pismach kanonistów uwagi dotyczące troski o pokój w społeczeństwie chrześcijańskim wypada zauważyć, że argumentacja na rzecz dotrzymywania umów oparta na interpretacji końcowego fragmentu c. *Antigonus* pojawiała się regularnie, choć nie była uporządkowana. Wprawdzie często ograniczała się do odesłania do etymologicznych korzeni znaczenia słowa *pactum* w oparciu o justyniańskie *Digesta* czy

²⁶¹ Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, num. 4, fol. 138ra: „Primo ergo sciendum est, quod pactum est nomen generale comprahendens in se omnem conventionem: est enim pactum, generaliter sumptum, duorum pluriumve in idem placitus, et consensus, idest placitus consensus (...) et sensus huius diffinitionis est, quod id quod convenitur, seu conventum est inter duos, vel plures, dicitur pactum, quasi ad pacem habendam factum: haec est enim vocabuli etymologia, idest expositio, vt in d.ca.pactum [Dig. 2.14.1.1]”.

²⁶² Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, num. 5, fol. 138rb: „Mihi non placet haec restrictio, primo, quia licet ista proposita fuerint facta alternative, tamen Concilium respondet simpliciter pacta custodiantur: et sic non videtur se restrinxisse, ut conditionaliter, et alternative fieret coactio (...). Item adduco textus infra eo. c. qualiter [X 1.35.3], ubi simpliciter dicitur, studiose agendum est, ut ea, quae promittuntur, opere compleantur. Pondera illud verbum, studiose, et illud verbum, opere compleantur, non ergo debet esse iudex contentus sola excommunicatione. Car, tamen non ita restringendo text. dicit, quod competit officii imploratio, et non actio, quia actiones sunt proditae a iure civili (...) cum ergo ius civile non detur actionem ex nudo pacto, ergo nec de iure canonico, hoc ar. videtur persuasivum, et processisset olim, sed cum hodie sint regulae, quas praemisi, dicendum est, quod cum ius canonicum approbet istud pactum, et mandet observari pactum, debet competere ius agendi, quia ista regula iuris civilis tacite approbatur a iure canonico, ex quo non reperitur reprobata”.

definicję św. Izydora, niekiedy jednak w oparciu o nią kanoniści formułowali precyzyjne wnioski dotyczące doktryny związania danym słowem. Wskazanie na pokój między ludźmi jako istotną wartość, której ochronie służyły umowy, było ważnym osiągnięciem kanonistów, którzy chętnie powoływali się na zdanie *pax servetur, pacta custodiantur*. Stanowiło także przykład aplikacji ogólnych postulatów chrześcijańskiej moralności do diskutowanego konkretnego zagadnienia. Wydaje się, że argumentacja ta miała mocne zabarwienie praktyczne, bowiem jej celem było faktyczne osiągnięcie skutku, jaki przypisywano umowom, a więc utrzymywanie ładu między chrześcijanami. Stąd też często uwagi kanonistów dotyczące pokoju pojawiały się w ramach ich rozważań dotyczących skutków praktycznych nowej doktryny, czyli odpowiedzi na pytanie, jakie narzędzie prawne winno być przyznane przeciwko stronie, która złamała umowę.

1.4.3. *Pacta debent obtinere suam firmitatem*

W ramach rozważań nad argumentacją odwołującą się do praktyki społecznej przestrzegania umów warto wyodrębnić w pismach kanonistów przypadki akcentowania roli także innego fragmentu c. *Antigonus*, mianowicie słów poprzedzających finalne rozstrzygnięcie synodu: *in ita pacta suam obtineant firmitatem*. Wypowiedział je przewodniczący obradom biskup Kartaginy, choć po skróceniu kanonu przez Rajmunda słowa te kanoniści łączyli raczej z wypowiedzią Antygona, czyli biskupa Madaury, który wnosił skargę na synodzie. Niemniej kanon ten wskazywał na alternatywę: albo umowy miały zachować swoją trwałość czy też stabilność (*firmitas*), albo oskarżony biskup miał odczuć kościelną dyscyplinę, czyli zostać ukarany. Pierwsza ze wskazanych możliwości stanowić może przyczynek do rozważań nad tym, jak kanoniści postrzegali *firmitas* zawartych umów w swoich komentarzach do c. *Antigonus*. Nawiasem mówiąc, podobne słowa wieńczyły także c. *Quia Johannes*, gdzie z kolei postanowienia testamentowe miały zachować trwałość, jeśli zostały umocnione przez papieża, a postanowienia testamentowe sporządzone na niekorzyść Kościoła, miały być tej trwałości pozbawione²⁶³.

Wydaje się, że kanoniści nie wiązali z tym fragmentem c. *Antignus* szczególnej doniosłości prawnej, a dopiero stosunkowo późno niektórzy z nich skupili na nim uwagę. Choć pojawiał się on oczywiście w ogólnych rozważaniach, to jednak dopiero od XIV w. widać nieco większe nim zainteresowanie. W przywołanym już fragmencie z komentarza

²⁶³ C.12, q.5, c.3: „Hec itaque omnia sic sollicite fraternitas uestra implere festinet, quatinus et que in suprascripto monasterio constituit et a nobis sunt firmata seruentur, et illa, que in dampno dari uel fieri per testamentum suae decreuerit ecclesiae, nullam, prohibente lege, obtineant firmitatem”.

Zabarelli autor omawiając pogląd, wedle którego c. *Antigonus* dotyczył umowy pokoju, wskazał, że sformułowanie dotyczące trwałości umów miało charakter ogólny względem końcowej wytycznej synodu²⁶⁴. Poza tym jednak nie komentował szerzej tego zagadnienia.

Przymiot trwałości był wzmiankowany także w komentarzu Petrusa de Ancharano. Autor po omówieniu zawłości prawa rzymskiego w zakresie zaskarżania poszczególnych rodzajów umów, zauważył, że w prawie kanonicznym takie skrupulatne badanie rodzajów umów nie było konieczne, bowiem skarga była dana i z gołej umowy. Uczciwie jednak dodał, że nie wynikało to wprost z komentowanego przezeń kanonu synodalnego, bowiem w nim uznano tylko, że umowy winno się stanowczo (*firmiter*) zachowywać²⁶⁵.

Antonius de Butrio wyjaśniając, że tylko te umowy, które były ważne, powinny być zachowane, na poparcie tego poglądu przytoczył słowa *suam obtineant firmitatem*²⁶⁶. W innym miejscu podkreślił także, że według kanonów umowa, choćby była goła, cechowała się przymiotem *firmitas*. Z tej cechy umowy uczynił on istotny argument na rzecz zachowywania umów gołych, gdyż dalej wyjaśnił on, że w prawie kanonicznym ta trwałość oznaczała przyjęcie Bożej perspektywy patrzenia na umowę, a więc takiej, która nie rozróżniała między prostą mową a przysięgą. Zatem każda umowa, która cechowała się *firmitas* miała być zachowana, a więc prawo kanoniczne zapewniało także skargę dla jej skutecznego dochodzenia²⁶⁷.

Kilkukrotnie pojawiła się kwestia *firmitas* w komentarzu Johanna de Imola. Zwrócił on uwagę na znaczenie tego zagadnienia komentując fragment synodalnego kanonu poświęcony trwałości umów. Otóż ze zdaniem tym powiązał on ogólną obserwację: jeśli zawarcie jakiejś umowy otwierało możliwość korzystania ze skargi, to była to umowa ubrana,

²⁶⁴ Franciscus Zabarella (1558) ad X 1.35.1, num. 3, fol. 296vb: „Quartam lec. ponunt alii, quod hic loquitur de pacto pacis per illa verba pax servetur, et hoc pacis favore, et sic secus in aliis: haec non procedit: quia in principio dicit generaliter quod pacta obtineant suam firmitatem et subdit quod pax servetur et pacta custodiantur: nec tamen dicit de pactis super pace, unde videtur verior secunda lec.”

²⁶⁵ Petrus de Ancharano (1581) ad X 1.35.1, num. 6, 316: „de iure vero canonico non expedit ista multum subtiliter (ut iuristae faciunt) investigare: cum dicamus ex nudo pacto actionem dari, quod tamen tex. non dicunt, sed tantum pacta firmiter observari, quod quidem similiter cautum est in iure civili”.

²⁶⁶ Antonius de Butrio (1578) ad X 1.35.1, in glo. pacta custodiantur, sv. pacta, num. 6, fol. 94va: „So. Pacta valida sunt servanda, invalida non: ut in contrario, de rerum permu. cum universorum [X 3.19.8]. Et ideo dicit tex. suam obtineant firmitatem: quia si nullam habent, non sunt servanda”.

²⁶⁷ Antonius de Butrio (1578) ad X 1.35.1, in glo. pacta custodiantur, sv. item, num. 7, fol. 94va: „inducit istum tex. in argumentum, quod secundum canones detur actio ex nudo pacto, et inducit, si canon providet contra pactum principaliter, pactum non servatum inducit pactum secundum canones, pactum, quantumcunque nudum habet firmitatem. Sed hic dicitur, quod pacta servant secundum suam firmitatem: ergo tale pactum vult servari. Item ius canonicum assequitur bonum et aequum secundum Deum: sed Deus inter simplicem loquelam et iuramentum, non facit differentiam 22 quaestione 5 iuramenti [C.22, q.5, c.12]: ergo secundum ius canonicum pactum habet firmitatem, quantumcunque nudum, quia habet quantum ad Deum. Sed hic omne pactum habens firmitatem, mandat servari: ergo istud, et sic actio proditur, secundum ius canonicum”. Zob. Spies (1928) 97.

więc należało uznać, że jest z niej przyznana skarga. Jeżeli natomiast umowa byłaby gołą, wtedy przyznawano na jej podstawie sam tylko zarzut. Taka bowiem była właśnie *firmitas* umowy gołej, czyli żadna, tzn. nie był to przymiot, którym umowa goła była obdarzona, wszak nie rodziła ona skargi. Dalej Johannes wyjaśnił, że ten fragment kanonu synodalnego niekoniecznie wspierał taką interpretację, bowiem w prawie kanonicznym także z gołej umowy przyznawano skargę, według zasady, że tam, gdzie prawo nakazywało coś zachować, musiało dać po temu stosowne narzędzia²⁶⁸. Wydaje się więc, że *firmitas* postrzegał on jako swoistą cechę umowy, którą do tej pory raczej ograniczano do umów objętych doktryną *vestimenta pactorum* albo *vestimentum roboris*. Podobnie, Johannes wyjaśniając znaczenie słów glosy *pacta legitima* wskazał, że umowy, które nie były zaskarżalne nie miały własnej trwałości i dlatego też nie było o nich mowy w tym akurat fragmencie glosy (w tym miejscu korzystała ona bowiem z tekstu rzymskiego – Dig. 2.14.7.7)²⁶⁹.

Potwierdza ten wniosek także dalszy fragment komentarza, w którym Johannes podał nawet definicję tego, czym owa trwałość była: otóż według niego był to taki przymiot umowy, wedle którego, jeśli była ona ubrana, to rodziła skargę²⁷⁰. Definicja ta została podana we fragmencie, w którym referował on różne opinie autorów wskazujących, że *c. Antigonus* nie dowodził, iż z gołej umowy należy się skarga, bowiem nie było w nim mowy o umowie ubranej. Kanoniści opierając się na różnych tekstach zaskarżalność umowy gołej powszechnie przyjęli, ale warto zwrócić uwagę na definicję zaproponowaną przez Johannesesa. Według jego koncepcji faktyczna trwałość umowy wynikała więc z jej zaskarżalności.

Problematyka *firmitas* umów powracała w tekście Imolensisa kilkakrotnie. Wydaje się, że jego teksty mogą posłużyć za świadectwo tego, że *firmitas* była opartą na tekście źródłowym adaptacją znanej doktryny do dyskutowanej kwestii. W perspektywie kanonistycznej doktryny ten przymiot w zasadzie nie mógł być stopniowany: każda umowa rodzić miała nie tylko zarzut, ale i skargę, zatem każda miała cieszyć się pełną trwałością. W ten sposób Johannes wykorzystał fragment tekstu źródłowego, który wcześniej nie przyciągał

²⁶⁸ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, num. 1, fol. 232rb-232va: „Not. infra quod pacta debent obtinere suam firmitatem: et sic videtur quod si sit pactum inducens actionem: ut est pactum vestitum: tunc datur pro illo actio. Si autem sit nudum: tunc solum proficiat ad exceptionem: quia illa videtur esse firmitas pacti nudi l. iurisgentium § 1 ff. de pact. [Dig. 2.14.7pr]. Sed secundum hoc videtur quod tex. iste necessario non probat: quia ex pacto nudo datur actio de iure canonico: licet communiter teneatur oppositum: ut tangit glo. 1 hic in fi. [gl. pacta custodiantur ad X 1.35.1] et tangetur super illa, et pro opi. communi facit in quantum hic mandat servari pacta. Nam ubi lex mandat aliquid servari videtur quod tunc oriatur actio”.

²⁶⁹ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, in glo. pacta custodiantur, sv. pacta legitima, num. 7, fol. 232va: „nam illa habent sua firmitatem: sed illa quae non sunt legitima non: ideo de illis non loquitur littera”.

²⁷⁰ Johannes de Imola (1547) ad X 1.35.1, in glo. pacta custodiantur, num. 8, fol. 232va: „sed dicat quod pacta suam obtineant firmitatem: firmitas autem pactorum est quod si sunt vestita pariant actionem: si autem nuda pariant tamen exceptionem”.

uwagi doktryny, aby w jeszcze inny sposób uwypuklić znaczenie tego, że wszystkie umowy należało z perspektywy prawa Kościoła traktować tak samo: wszystkie umowy miały cieszyć się należną im *firmitas*.

Takie pojmowanie *firmitas* nie było jednak powszechnie stosowane w argumentacji, czego świadectwem był komentarz Panormitanusa. Tak we wstępie, jak i w *casus* do c. *Antigonus* Nicolaus de Tudeschis pominął w ogóle to słowo, co mogłoby sugerować, że nie wiązał z nim szczególnego znaczenia prawnego, choć raczej po prostu w tym zakresie powtórzył tekst glosy i kazusu Bernarda z Parmy²⁷¹. Jeden raz pojawiło się to słowo w jego komentarzu, kiedy referował poglądy Zabarelli na temat odpowiedniego środka procesowego służącego do realizacji zasady wynikającej z c. *Antigonus*, ale i tam nie przywiązał do tego akurat słowa większej wagi, a do tego sam pogląd Zabarelli odrzucił, jak zostało to już wyżej przedstawione²⁷².

Krótki przegląd pism kanonistów pod kątem wykorzystania przez nich fragmentu synodalnego rozstrzygnięcia, które podkreślało trwałość zawieranych umów, pozwala sformułować ogólny wniosek, że *firmitas* umów nie była dla nich kluczowym zagadnieniem wymagającym analizy. Najwięcej na jej temat w kontekście zaskarżalności umów napisali Antonius de Butrio, który powiązał ją z argumentem teologicznym, oraz Johannes de Imola, według którego ten przymiot umowy oznaczał, że jest ona właśnie zaskarżalna. W świetle ich komentarzy można uznać, że z jednej strony *firmitas* została wykorzystana jako dodatkowy aspekt tej samej doktryny, której praktyczną konsekwencją było zrównanie umów gołych z ubranymi – w tym przypadku uznanie, że mają jednakową *firmitas*. Z drugiej strony, owa trwałość umów może być odczytana jako próba podkreślenia wagi danego słowa w kontekście znaczenia umowy dla społeczeństwa. Umowy winny więc zachować trwałość, ponieważ wynikało to z kościelnej interpretacji rzeczywistości społecznej, która przypisała zachowywaniu umów istotną wartość: skoro osiągnięty ład społeczny rozumiany jako sytuacja statyczna był stanem pożądanym, to trwałość umów gwarantowała jego utrzymanie.

1.4.4. Wnioski

Omówiony argument został nazwany praktyczno-społecznym, ponieważ skupiał się na obu tych aspektach realizowanych poprzez zachowywanie umów. Był on praktyczny,

²⁷¹ Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, num. 1, fol. 137vb: „Unde petebat, ut pacta inita servarentur: aut conventus si se non correxerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam: universi dixerunt pax servetur, pacta custodiantur”.

²⁷² Nicolaus de Tudeschis (1591) ad X 1.35.1, num. 5, fol. 138rb.

ponieważ służył stworzeniu odpowiednich ram dla zapewnienia skuteczności umów. Był tym bardziej społeczny, ponieważ opierał się na dostrzeżeniu wartości dla wspólnoty, jaka wypływała z przestrzegania umów. Utrzymanie pokoju w społeczeństwie chrześcijańskim stało się nie tylko przesłanką dla decyzji ojców synodalnych z IV w., ale było także istotną racją skłaniającą kanonistów do obrony proponowanej doktryny zaskarżalności wszystkich umów. Ponadto w ramach tego typu argumentacji kanoniści niekiedy podkreślali znaczenie trwałości umów, co także było wyrazem ich świadomości społecznej roli umów, które tworzyły wartą ochrony relacje między ludźmi.

Wydaje się, że argument ten nie miał tak wielkiego znaczenia jak racje teologiczne, ale ponieważ był on ściśle związany z tekstem źródłowym i przez to wątki związane z relacją między pokojem społecznym a zachowywaniem umów regularnie powracały w refleksji kanonistów, to można uznać, że także on wpłynął na kształt kanonistycznej doktryny. Kanoniści wychodząc od przesłanek teologicznych nie rezygnowali z wspierania zaskarżalności wszystkich umów poprzez interpretację c. *Antigonus*, która podkreślała społeczne znaczenie zawierania i przestrzegania umów. O roli tego argumentu może świadczyć i to, że właśnie z nim bezpośrednio związane były słowa, które stały u początków ukształtowania formuły *pacta sunt servanda*. Okazuje się jednak, że dla kanonistów nie oznaczała ona ani tego, że wszystkie umowy bez wyjątku należy zachowywać, bowiem takich wyjątków i ograniczeń istniało wiele, ani tego, że umowy należy zachowywać dla nich samych, ponieważ celem osiąganym przez ich realizację był pokój między ludźmi. W ten sposób umowy stały się narzędziem do utrzymania społecznego ładu wspólnoty, w której były zawierane: skoro właśnie ten ład był postrzegany jako wartościowy i prawdziwy, to cenne było także objęcie ochroną zawieranych umów.

1.5. INNE ARGUMENTY

Na koniec można dodać, że średniowieczna kanonistyka dla uzasadnienia nowej doktryny sięgała także do innych argumentów – trzy omówione powyżej zostały sztucznie wyodrębnione w tych rozważaniach ze względu na ich znaczenie oraz na ich potencjał dla współczesnej refleksji prywatnoprawnej. Komentarze średniowiecznych kanonistów tak jak nie odróżniały teoretycznie argumentów teologicznych od praktyczno-społecznych, tak nie ograniczały się do sumy trzech omówionych racji, ale obejmowały również wiele innych zagadnień. Gdy idzie o argumentację, jaką posiłkowali się kanoniści można wskazać tytułem przykładu trzy inne argumenty.

Pierwszy to *aequitas canonica* czy też *aequitas naturalis*. W ramach doktryny prawa umów pojawiała się ona w pismach kanonistów regularnie. Wspomnił o niej już Laurentius Hispanus²⁷³, a później np. Guido de Baysio²⁷⁴, Albericus de Rosate²⁷⁵, czy Felinus Sandeus²⁷⁶. Do słuszności naturalnej chętnie odwoływał się Hostiensis²⁷⁷, a podobnie uczynił i Baldus²⁷⁸. Wydaje się, że można by na podstawie źródeł zasadnie dowodzić, że kanonistom wystarczało odesłanie do słuszności kanonicznej by dostatecznie umocnić skuteczność wszystkich umów.

Po wtóre, kanoniści sięgali do rzymskiej z pochodzenia kategorii *fides* by wzmocnić powszechność bronionej przez nich koncepcji. Cytowali np. słowa pretora, w których zostało bardzo negatywnie ocenione naruszanie zaufania, w powiązaniu zresztą ze słusznością naturalną²⁷⁹. Również wychodząc od kategorii *fides* można by podjąć się systematyzacji argumentacji kanonistycznej, co zresztą było czynione w literaturze np. poprzez próbę uzasadnienia całej doktryny kanonistów za pomocą kategorii *bona fides*²⁸⁰, przy czym należy podkreślić, że inaczej *bona fides* (a także *aequitas*) rozumiana była w antycznym prawie rzymskim, inaczej w okresie poklasycznym, a jeszcze inaczej w średniowieczu²⁸¹.

Dałoby się także w poglądach kanonistów skupić na aspekcie praktyki sądowniczej i pokazać, że oprócz tego, iż poszukiwali oni odpowiedniego środka dla zagwarantowania ochrony wszystkich zawartych umów, to niekiedy przywoływali praktykę sądowniczą innych porządków prawnych jako argument na rzecz zachowywania umów. Powszechna w późnym średniowieczu była znajomość praktyki handlowej²⁸², która odeszła od rzymskich ograniczeń

²⁷³ Laurentius Hispanus (1218) ad C.12, q.2, c. 66, sv. promissi solutionem, fol. 51vb: „sed et hoc casu dico agi posse de aequitate canonica”.

²⁷⁴ Guido de Baysio (1481) ad C.1, q.1, c.114, sv. munus, s.f. Zob. Spies (1928) 78.

²⁷⁵ Albericus de Rosate (1573) sv. promissio, s.f.

²⁷⁶ Felinus Sandeus (1570) ad X 1.35.1, num. 9, col. 1256: „Tertia declaratio. De aequitate canonica obligatus ad factum, si implere potest, compelli potest praecise ad faciendum”.

²⁷⁷ Hostiensis (1512) ad X 1.43.9, sv. indistincte, col. 114vb. Zob. Spies (1928) 55-58. Ogólnie kategoria *aequitas canonica* miała wielkie znaczenie dla tego kanonisty: zob. np. Lefebvre (1952); Brugnotto (1999).

²⁷⁸ Baldus de Ubaldis (1578) ad X 1.35.1, sv. pacta custodianur, num. 8, fol. 122ra.

²⁷⁹ Dig. 13.5.1pr.: „Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere”. Zob. np. Hostiensis (1512) ad X 1.43.9, sv. indistincte, col. 114vb; Johannes Andreae (1612) ad X 1.43.9, t. 1, num. 5, fol. 312rb-312va;

²⁸⁰ Tak pogląd Francesco Ruffiniego zreferował Fedele (1937) 69-72. Zarówno *bona fides* jak i *aequitas* były kategoriami istotnymi dla prawa zobowiązań, na których kształt w tradycji romanistycznej istotny wpływ wywarło prawo kanoniczne – zob. Waelkens (2015) 325-326. *Bona fides* stanowi zresztą odrębny i złożony temat w klasycznym prawie kanonicznym – zob. np. Dondorp (2016).

²⁸¹ Zob. np. Pringsheim (1961); Meyer (1994) 48-82; Dajczak (1998).

²⁸² Albo lepiej: „kupieckiej”; zob. Wojciechowski (2017) 45-46.

w tym zakresie²⁸³, ale np. Guido de Baysio wspominał w swoim komentarzu także o prawach Kastylii jako mających znaczenie dla kwestii skuteczności obietnicy²⁸⁴.

Pobieżne wskazanie kilku tylko potencjalnych innych racji, które kanoniści wskazywali jako argumenty na rzecz skuteczności wszystkich umów, pokazuje, że chętnie sięgali oni np. do ogólnych kategorii prawnych w celu wzmocnienia swojej argumentacji. Wydaje się jednak, że trzy argumenty wyodrębnione i omówione wyżej miały znaczenie kluczowe, tj. w nich zawierało się wszystko co istotne dla uzasadnienia zaskarżalności gołych umów, choć oczywiście, każda dodatkowa okoliczność na korzyść tej doktryny mogła być przez kanonistów wykorzystana.

1.6. PODSUMOWANIE

Trzy podstawowe argumenty doprowadziły kanonistów do sformułowania doktryny, która według współczesnej terminologii mogłaby zostać nazwana swobodą umów. Dokonali tego dzięki autonomiczności prawa kanonicznego tak co do źródeł, jak i co do metody, w oparciu o racje teologiczne oraz społeczne. Niewątpliwie kluczowe dla wykształcenia się tej doktryny było przejście od zobowiązania moralnego do zobowiązania prawnego²⁸⁵, które było możliwe dzięki nadaniu terminom prawnym nowych znaczeń. Wydaje się, że właśnie to przejście zasługuje na miano *odkrycia prawniczego*, czyli takiego aktu poznania, który ma przymioty spontaniczności (tj. posuwa naprzód poznanie) oraz skutecznego oddziaływania (daje nowe podstawy dla myśli człowieka i kieruje ją na nowe tory)²⁸⁶. Kanoniści odkryli zatem nową doktrynę w zachodniej tradycji prawnej, bowiem różniła się ona od tego, co wcześniej było znane Rzymianom, oraz zmieniła rozumienie prawa umów, choć nie stało się to natychmiast. O ile bowiem rosło oddziaływanie kanonistyki średniowiecznej w tym zakresie, o tyle trudno uznać, że tylko ona ostatecznie wpłynęła na zmianę stanowiska prawa cywilnego względem wszystkich umów²⁸⁷. Łatwo zresztą podać wiele przykładów pokazujących, że doktryna kanonistów nie została przejęta przez cywilistów w średniowieczu²⁸⁸.

²⁸³ Zob. np. Zimmermann (1996) 540-542.

²⁸⁴ Guido de Baysio (1481) ad C.12, q.2, c.66, in gl. promiserint, sv. promissione, s.f.

²⁸⁵ Bardzo szeroko przejście to zostało omówione w Bellini (1964) 17-152.

²⁸⁶ Dölle (1958). Zob. bardziej szczegółowe opisy różnych odkryć prawniczych zebrane w Hoeren (2001).

²⁸⁷ Karsten (1882) 118.

²⁸⁸ Zob. np. Seuffert (1881) 52-86.

Idąc dalej można uznać, że to Huguccio był tym, dzięki któremu możliwe stało się odkrycie podstaw dla formuły *pacta sunt servanda*²⁸⁹, a dzięki temu także podać datę tego odkrycia, tj. rok 1188²⁹⁰, choć w świetle przedstawionego szkicu na temat kanonistycznej argumentacji, wydaje się, że nie należy przypisywać tego osiągnięcia wyłącznie jemu, ale raczej szerszej pojętej kanonistycznej jurysprudencji. Połączenie argumentacji teologicznej ze społeczną oraz zebranie różnych źródeł użytecznych dla uzasadniania zaskarżalności umów pozwoliły faktycznie odkryć tę formułę. Przekonanie o tym, że ten, kto nie dochowywał umowy, śmiertelnie grzeszył i ryzykował przez to zbawienie swojej duszy, oraz uznanie społecznej wartości nakazu przestrzegania umów razem doprowadziły kanonistów do koncepcji zaskarżalności wszystkich umów.

Kanoniści niewątpliwie odkryli formułę *pacta sunt servanda* w znaczeniu językowym (to oni pierwsi tak ją ujęli), ale raczej nie należy łączyć ich dorobku z opracowaniem modelu swobody umów: zasadą, na której skupiali oni swoją uwagę była zasada *ex nudo pacto oritur actio*. Dopiero w okresie nowożytnym, kiedy rozwinięto metody pozwalające na abstrahowanie i tworzenie pojęć generalnych, faktycznie został opracowany model swobody umów²⁹¹. Choć kanoniści nie opracowali ogólnej teorii umów, ponieważ przyjęcie zaskarżalności wszystkich umów nie jest jeszcze taką teorią, to dając odpowiedź na pytanie o *ratio* wiążącej mocy porozumień przygotowali grunt pod budowę takiej teorii. Choć i u kanonistów dostrzec można pewne przejawy generalizowania, np. poprzez katalogowanie ograniczeń dla zaskarżalności wszystkich umów, co w szczególności wiązało się z ustaleniem wymogu istnienia przyczyny dla skutecznego dochodzenia umowy²⁹².

Można w tym miejscu wrócić do metafory przywołanej na początku rozdziału, wedle której Rzymianie doszli do progu swobody umów, ale go nie przekroczyli. Wydaje się, że kanoniści mogli go przekroczyć, ale nie byli tym zainteresowani – lepiej chyba uznać, że oni otworzyli drzwi, dając stosowną argumentację na rzecz wiążącej *ratio* umów, ale sami tego progu nie przekroczyli w tym sensie, że nie stworzyli ogólnej teorii umów.

Racje, które doprowadziły do ukształtowania formuły *pacta sunt servanda* wydają się ponadto mieć znaczenie ogólne, tzn. nie stanowiły one argumentów przekonujących tylko dla określonych ludzi w tamtej epoce, lecz możliwe jest takie ich przekształcenie, by stały się uniwersalnymi wytycznymi dla udzielania odpowiedzi na pytanie o to, dlaczego umowy mają

²⁸⁹ Tak uznał Landau (2003) 462.

²⁹⁰ Dilcher (1960) 282-283; Landau (2003) 466-467.

²⁹¹ Hyland (1993-1994) 418-419.

²⁹² Scigliano (2007) 144-147.

moc wiążącą. Ta cecha argumentacji średniowiecznej w szczególności świadczy o randze dokonanego przez kanonistów odkrycia, a jej znaczenie rozwinięte zostanie w dalszej części pracy.

ROZDZIAŁ 2. KANONISTYCZNA IDEA ZWIĄZANIA DANYM SŁOWEM W OKRESIE NOWOŻYTNYM (XVI-XVII-XVIII w.)

2.1. WPROWADZENIE

Uznanie mocy wiążącej wszystkich umów dokonywało się w historii prawa prywatnego w Europie w ramach różnych nurtów prawoznawstwa i w różnych okresach. Odkryli ją w średniowieczu kanoniści, została także przyjęta w średniowiecznej praktyce kupieckiej, od końca XV w. można wskazać autorów świeckich, którzy także postulowali zaskarżalność wszystkich umów (np. Paulus Picus)²⁹³, zaś od połowy XVI w. taki pogląd stał się coraz bardziej popularny (np. Charles Dumoulin)²⁹⁴, do tego była ona stopniowo przyjmowana także w różnych prawach lokalnych Hiszpanii, Niemiec czy Francji²⁹⁵. Celem jednak tego rozdziału, podobnie jak całej pracy, nie było przedstawienie pełnej historii swobody umów w zachodniej tradycji prawnej, lecz jedynie jej wycinka, tj. roli jaką odegrała w niej argumentacja kanonistyczna. Po przedstawieniu narodzin koncepcji kanonistycznej oraz scharakteryzowaniu opracowanych przez kanonistów argumentów wypadało zbadać jakie były ich dalsze losy.

W ramach tego rozdziału zostaną zatem przedstawione wiodące prace autorów nowożytnych, które zostaną poddane analizie pod kątem obecności argumentacji kanonistycznej oraz (w węższym zakresie) stosunku do wiążącej mocy umów. Dla osiągnięcia zamierzonego celu i próby uporządkowania bogatego materiału źródłowego zostały podjęte szczegółowe założenia. Na podstawie dorobku historii prawa prywatnego zostało wybranych sześć nurtów (szkół) myśli prawniczej, w ramach których przedstawiono reprezentatywnych prawników. Kolejność prezentacji tych nurtów znalazła uzasadnienie w ocenie ich związków ze średniowieczną kanonistyką oraz wzajemnych oddziaływań: naturalnie można rozpocząć od prezentacji późniejszej kanonistyki oraz bliskiej jej w wielu obszarach drugiej scholastyki. Następnie poddany zostanie analizie (jako najwcześniejszy) humanizm prawniczy, dalej jurysprudencja holenderska, która z nim była mocno związana, wreszcie szkoła prawa natury, która była wobec humanizmu krytyczna, a na koniec *usus modernus*, który korzystał z dorobku wszystkich wyżej wymienionych. Taki układ odpowiadać też będzie w pewnym zakresie temu, w jakich obszarach myśl prawnicza

²⁹³ Seuffert (1881) 85-86.

²⁹⁴ Zob. np. Seuffert (1881) 115; Spies (1928) 208-229; Decock (2013) 153-62.

²⁹⁵ Zob. np. Seuffert (1881) 144-166; Spies (1928) 203-205; Decock (2013) 161; Waelkens (2015) 350-

rozwijała się w różnych okresach najbardziej dynamicznie (Hiszpania-Francja-Niderlandy-Niemcy). W wyznaczonych ramach uzasadnione wydaje się także następujące wskazanie granic czasowych dla doboru materiału źródłowego: w przypadku pierwszych czterech nurtów prawoznawstwa wystarczy ograniczyć się do okresu XVI-XVII w. by poczynić ustalenia co do oddziaływania kanonistycznej koncepcji związania danym słowem, zaś w przypadku szkoły prawa natury oraz *usus modernus* zasadne wydaje się zmienienie tych granic na okres (zasadniczo) XVII-XVIII w., tak by doprowadzić analizę do punktu, w którym widać wpływ tych nurtów na pierwsze kodyfikacje. Tytuł podrozdziału każdorazowo poza nazwą nurtu jest pomyślany także jako sztyld, który ma służyć skrótowemu ujęciu wniosków wynikających z przeprowadzonych badań.

W ramach podrozdziałów dobór autorów zostanie dokonany w oparciu to, jaki był ich wpływ na prawo prywatne i prawo umów w ogólności (mierzony zwłaszcza ilością wydań poszczególnych prac oraz odwołaniami do nich w późniejszej doktrynie²⁹⁶) oraz jak – w świetle literatury przedmiotu – oceniano ich oddziaływanie na kwestię wiążącej mocy umów. Tak dobrani autorzy reprezentujący poszczególne nurty zostaną przedstawieni w kolejności chronologicznej. Stałym celem było badanie obecności argumentacji kanonistycznej w ich pismach lub szukanie uzasadnienia dla jej braku. W literaturze brakuje opracowania zbierającego wszystkie wskazane nurty w sposób przedstawiony powyżej, jakkolwiek z bogatej literatury przedmiotu szczególnie użyteczne były opracowania poświęcone prawu umów w poszczególnych nurtach prawoznawstwa²⁹⁷.

Pomimo tak zracjonalizowanych założeń, każdy ich punkt jest dyskusyjny: od podziału na wskazane nurty, przez przyporządkowanie autorów do różnych szkół i sam dobór autorów, po wytyczone ramy czasowe. Klasyfikowanie jurystów według określonych nurtów wiąże się z konwencjonalnością, zatem trzeba podkreślić, że każdy z wybranych prawników był indywidualnością i często ich metodologie miały charakter eklektyczny. Mimo jednak niedostatków tych założeń, wydaje się, że mogą się one przysłużyć wiarygodnej prezentacji losów kanonistycznej argumentacji w okresie nowożytnym. Wypada też dodać, że omówiony poniżej okres nowożytny był ostatnim okresem w historii prawa prywatnego w Europie, kiedy można było mówić o pewnych wspólnych podstawach dla prawa kontynentalnego. Dlatego też to właśnie okres nowożytny wart jest zbadania w opisanym zakresie, ponieważ spojrzenie

²⁹⁶ Podobny sposób doboru źródeł z tego okresu zob. np. w Dajczak (2007) 89-94; Dajczak (2012b) 54-56.

²⁹⁷ Zob. zwłaszcza w zakresie: kanonistyki – Spies (1928) 134-138; drugiej scholastyki – Decock (2013); humanizmu prawniczego, szkoły prawa natury i *usus modernus* – Nanz (1985).

na historyczne podstawy wspólnego prawa europejskiego może być atrakcyjną alternatywą dla wąskiej dogmatyki narodowej²⁹⁸.

2.2. KANONISTYKA – CIĄGŁOŚĆ DOKTRYNY

2.2.1. Uwagi wprowadzające

Losy kanonistycznej koncepcji związania danym słowem oraz argumentacji na jej rzecz opracowanej w średniowiecznej nauce prawa wypada rozpocząć od przedstawienia późniejszych dzieł z tego samego obszaru, tj. prac kanonistów doby XVI i XVII w. Kanonistyka w tym okresie dawno już była poza złotym wiekiem swojego rozkwitu, a wydaje się, że nawet w stosunku do XV w. warunki jej uprawiania uległy znacznemu pogorszeniu, w szczególności z uwagi na zmianę sytuacji Kościoła w społeczeństwie oraz reformację (choć według niektórych autorów był to nawet nowy „złoty okres kanonistyki”²⁹⁹). W związku z tym także i siła oddziaływania kanonistyki była z czasem coraz mniejsza. Spetryfikowaniu uległa także podstawa źródłowa – to w 1582 r. po raz pierwszy dawne źródła zostały wydane wspólnie, sto lat później opatrzono je szyldem *Corpus iuris canonici*; sprawiło to m.in. że zajmowanie się historią tekstów opublikowanych w *Editio Romana* straciło znaczenie dla nauki prawa obowiązującego, choć pod wpływem humanizmu niektórzy kanoniści prowadzili szczegółowe badania historii tekstów³⁰⁰. Nowe źródła, zwłaszcza dokumenty soboru trydenckiego, w znaczący sposób zmieniały wiele obszarów prawa kanonicznego, ale ich interpretacja została zastrzeżona dla papieża i specjalnej kongregacji³⁰¹. Koło zamachowe rozwoju teologii praktycznej od XVI w. wiązać należałoby raczej z wczesnonowożytną teologią moralną – to w jej ramach powstawały nowe koncepcje, także prawne, które miały dużą siłę oddziaływania. Mimo wszystko warto jednak pochylić się nad dorobkiem kanonistów, bowiem potencjalnie mógł on stanowić źródło dla autorów innych nurtów i szkół, którzy chcieli odnieść się do stanowiska prawa kanonicznego na temat umów gołych³⁰².

Dzieła wybranych kanonistów przeznaczone do analizy to przede wszystkim komentarze do tytułu *De pactis w Liber extra* (dla wcześniejszych autorów – Benavides, Canisius, Téllez, Fagnani) oraz traktaty o powszechnym prawie kanonicznym (dla późniejszych autorów – Barbosa, Pirhing, Reiffenstuel), a ich katalog opracowano w oparciu

²⁹⁸ Zimmermann (1991-1992) 1721.

²⁹⁹ Landau (1999) 8; Sobański (2009) 49.

³⁰⁰ Landau (1999) 9-10.

³⁰¹ Landau (1999) 10.

³⁰² O relacji między nowożytną kanonistyką a prawem świeckim zob. Prosdociami (1972).

o dwa kryteria pomocnicze. Pierwszym była ich ogólna renoma tj. uchodzą one za najbardziej wpływowe z prac kanonistycznych w tym okresie³⁰³. Po drugie, pojawiły się one w literaturze poświęconej historii doktryny kanonistycznej o związaniu prostymi słowami jako warte wzmiankowania (zwłaszcza u François'a Spiesa), choć z zastrzeżeniem, że doktryna kanonistów nowożytnych pozostawała wtórna wobec dorobku ich poprzedników³⁰⁴.

2.2.2. Wybrani kanoniści

2.2.2.1. Marco Mantova Benavides

Włoski prawnik Marco Mantova Benavides (Marcus Mantua Bonavidia, 1489-1582)³⁰⁵ był autorem różnych prac, z których wiele dotyczyło raczej prawa cywilnego niż prawa kanonicznego, ale można pośród nich znaleźć także *Commentarium* do wybranych fragmentów *Dekretalów*. Swój bardzo obszerny komentarz do tytułu *De pactis*³⁰⁶ rozpoczął on od przywołania opinii Panormitanusa, według którego można było dwojako podsumować c. *Antigonus*: po pierwsze kanon ten wyjaśniał formułę *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*, ale to dla Benavidesa było zbyt ogólne ujęcie; po wtóre, kanon ten wyznaczał zadanie sędziemu, by zapewnił dochowanie umowy przez tego, kto ją łamał – to zaś było podsumowanie zbyt wąskie, bo pomijało moralną ocenę tego czynu. Dlatego Benavides podkreślił, że ten kanon stanowił, iż zawarte umowy winny być przestrzegane tak, by ten, kto umowy nie wykonał, odczuł karę kościelną³⁰⁷.

W komentarzu Benavidesa można znaleźć bardzo szczegółowe rozważania na temat zaskarżalności umów gołych, oparte na wielu odesłaniach do wcześniejszych autorów i na obfitej podstawie źródłowej. Wychodząc od argumentacji wskazującej, że wszystkie umowy, które nie były niegodne, winny być zachowane nie tylko między biskupami, ale i między świeckimi, Benavides przywołał różnorodne racje. Przede wszystkim, i duchowni, i świeccy byli tak samo związani umowami, ponieważ ich niedochowanie skutkowało grzechem. Zachowywanie umów wynikało także z prawa naturalnego, którego przekroczenie nie oznaczało tylko nagannego naruszenia zaufania, ale wiązało się również z grzechem, i to

³⁰³ Zob. van Hove (1945) 536-540.

³⁰⁴ Spies (1928) 134-138.

³⁰⁵ Schulte (1880) 447; van Hove (1945) 540; Tomasi/Zendri (2007).

³⁰⁶ Zob. Spies (1928) 134-135 (tekst w przypisie, num. 1, pkt 1).

³⁰⁷ Mantova Benavides (1558) ad X 1.35.1, num. 1, 1.592: „Abb. hic summat istum tex. altero de duobus modis, primo quod pacta quantumcunque nuda, sunt servanda, sed non placet, quia nimis generale est. Secundo sic. Iudex ecclesiasticus providet servanti pactum contra non servantem, et istud minus, quia peccat eodem morbo, unde tu breviter summa sic. Pacta inita servanda sunt, ne si conventus id facere neglexerit ecclesiasticam sentiat disciplinam”.

grzechem śmiertelnym, skoro za złamanie umowy groziła kara ekskomuniki. Wreszcie, przestrzeganie umów pozostawało w związku z celem prawa kanonicznego, którym było prowadzenie człowieka ku Bogu i wiecznej szczęśliwości, co dawało się poznać z lektury źródłowych kanonów. Wspomniął Benavides i o znaczeniu zachowania pokoju w tym kontekście³⁰⁸.

Następnie włoski prawnik przeszedł do pogłębionej analizy kwestii zaskarżalności gołych umów. Przedstawił wiele argumentów wskazujących na poprawność kanonistycznej zasady *ex nudo pacto oritur actio*. Zaczął w podniosłym stylu od tego, że obowiązek zachowywania wszystkich umów wynikał z prawa naturalnego i Bożego, i dlatego kanoniczny nakaz *pacta servanda esse* wiązał tak samo wszystkich chrześcijan niezależnie od ich pozycji społecznej, a przez to i prawo cywilne musiało go uznać. Dalej wskazał, że przypadek tej zasady należał do tej grupy sytuacji, w których prawo świeckie powinno podążać za kanonicznym, zwłaszcza ze względu na występujące w tym zakresie ryzyko utraty zbawienia³⁰⁹. Kolejne argumenty opierały się na wyjaśnianiu relacji między ustawami świeckimi a kanonami, a następnie Benavides przeszedł do ostrej polemiki z przeciwnikami tego poglądu, która opierała się głównie na wykorzystaniu argumentacji teologicznej przeciw poglądom, które dopuszczały by większe znaczenie przypisywać prawom cywilnym, które sprzyjały grzechowi, niż prawu kanonicznemu³¹⁰.

³⁰⁸ Mantova Benavides (1558) ad X 1.35.1, num. 10, 1.594-595: „debetque generaliter intelligi, quod inter quoscunque iurantes, pacta servari debeant si non sint reprobata, et non modo inter clericos, verum etiam inter laycos, quia non observando peccant c. iuramenti 22 q.5 [C.22, q.5, c.12] usque adeo, ut ad iudicem ecclesiasticum recurri possit, qui obviet peccato c. novit de iudi. [X 2.1.13]. Et ad idem facit, quia pacta iure naturali servanda sunt l.1 ff. de pac. [Dig. 2.14.1pr.] l. stichum § naturalis ff. de sol. [Dig. 46.3.95.4]. Imo grave est atque perfidiosum fidem fallere l.1 ff. de consti. pecu. [Dig. 13.5.1pr.] sed transgressio iuris naturalis, non est sine peccato, patet quia non servans pacta potest excommunicari ut hic, excommunicatio vero non infertur nisi pro peccato mortali c. nemo episcoporum 11 q.3 [C.11, q.3, c.41] c. praedicandum et ibi not. 22 q.1 [C.22, q.1, c.17] quae omnia tam in layco quam in clerico consideranda sunt, ergo. (...) Et intellige praedicta caonum iure, cuius finis est dirigere hominem in DEUM, et in felicitatem aeternam (...). Et verissimum est, sed non ratione peccati, quia (ut dicebamus supra) ad iudicium ecclesiae deducitur quis si peccaverit non servando pacta et legitimas conventiones, via denunciationis evangelicae, et ratione etiam servande pacis, de quibus in d.c. novit de iudi. et ita transeunt omnes et bene”.

³⁰⁹ Mantova Benavides (1558) ad X 1.35.1, num. 11, 1.595-596: „Quanquam aliqui hoc idem audeant, et opi. omnium, ita tenentium impugnare nitantur, et primo, quia omnes licite conventiones debent effectualiter servari, iure divino et naturae (...) nec aliud sunt dicta duo iura, quam mera iustitia, deque ipsa longe magis participant, quam ius civile, estque ipsa met constans et perpetua, ius autem divinum adhuc et naturale, perpetuum et immutabile (...) ergo praeceptum istud canonicum, pacta servanda esse ut hic, ligabit et ligat omnes christianos, Imperatores, Reges, inferiores et quoscunque generaliter, quoniam aequaliter omnes etiam iuri divino, et naturali subiiciuntur (...) ergo etiam de iure civili nascetur actio ex pacto nudo. Secundo quia sicuti canones in his quae praeter ius canonicum sunt a civili lege disposita, leges ipsas sequuntur et comprobant (...) ita eedem imitantur et comprobant ius canonicum, in his maxime quae ad universalem omnium Christianorum iurisdictionem pertinent, ut in casu nostro, ex quo eius transgressio periculum salutis inducit, ergo ex tali comprobatione legis civilis oriatur actio (...)”.

³¹⁰ Mantova Benavides (1558) ad X 1.35.1, num. 11, 1.596-597.

Wydaje się, że wystarczy tyle słów komentarza do obszernych rozważań Benavidesa, które swoim rozmiarem przekraczają objętość nawet uwag autorów późnośredniowiecznych. Sięgał on chętnie do tekstów innych kanonistów (zwłaszcza XV-wiecznych), przywołał bardzo wiele źródeł wykorzystywanych przez nich do argumentacji (o ile nie wszystkie spośród nich), a przede wszystkim powtórzył kluczowe dla kanonistycznej doktryny argumenty, a nawet rozwinął je i do dodał do nich szereg innych uwag, które wzmacniały znaczenie i wymowę zasady *ex nudo pacto oritur actio*.

2.2.2.2. Henricus Canisius

Słynny holenderski kanonista Henricus Canisius (Hendrik de Hondt, 1548-1610)³¹¹, bratanek św. Piotra Kanizjusza³¹², był autorem nie tylko popularnej *Summa iuris canonici*, ale także objaśnienia do *Liber Extra* zatytułowanego *Praelectiones academicae*. Przywołał on w komentarzu do c. *Antigonus* tradycyjne stanowisko i podstawowe racje, które za nim stały, tj. argumentację teologiczną³¹³. Z niej także wynikała – na co wskazywał – obserwacja wielu uczonych, że zasada kanonistyczna winna być przeniesiona na grunt cywilny³¹⁴. W dalszym wywodzie Canisius dał jednak kilkakrotnie wyraz swojego dystansu wobec dominującej interpretacji doktryny o zaskarżalności wszystkich umów. Przykładowo, według niego *condictio ex canone* winna opierać się nie na c. *Antigonus*, jak chcieli uczeni, lecz raczej na c. *Qualiter*³¹⁵. Uzasadnienie przedstawił pod koniec swojego komentarza, gdzie odwołał się do źródłowej edycji tekstów synodów afrykańskich i na tej podstawie lepiej ocenił tło sporu między biskupami rozstrzyganego na synodzie w Kartaginie. Otóż według Canisiusa kluczowe dla skargi Antygona przeciw Optantiusowi było to, że został on naruszony w posiadaniu swoich wiernych: jego prawo do sprawowania nad nimi władzy wynikało z

³¹¹ Schulte (1880) 130-131; Denis (1942); van Hove (1945) 548.

³¹² Piotr Kanizjusz (1521-1597) był teologiem, jezuitą mocno zaangażowanym w dyskusje teologiczne między Kościołem katolickim a protestantami i autorem niezwykle poczytnych katechizmów. Kanonizowany w 1925 r. nosi również tytuł doktora Kościoła.

³¹³ Zob. Spies (1928) 135 (tekst w przypisie, num. 1, pkt 2).

³¹⁴ Canisius (1649a) ad X 1.35.1, num. 2-3, 48-49: „Ex his igitur pactis nudis DD. non minus actionem nasci volunt, quam ex aliis pactis vestitis, *per h. text. et in c. Qualiter 3 inf. eod.* [X 1.35.1; 1.35.3]. Rationem hanc adferentes, quod, cum apud Deum nulla sit differentia inter simplicem loquelam et iuramentum, *can. Iuramenti 11 q.5* [C.22, q.5, c.12] profecto sicut ex iuramento obligamur (...) ita etiam ex pacto nudo nos obligari conveniat. Adeo ut plerique conseant, etiam iure civili ex nudo pacto actionem nasci; vel, ut rectius explicem, actionem, quae iure Pontificio datur ex nudo pacto, etiam transferri debere ad forum civile. Hac ratione ducti, quod ubi peccatum vertitur, standum sit iuri Canonico, relicto iure civili (...). At in violandis pactis peccatum vertitur, *per h. text. in fine et in d. c.3 inf. eod.* in verbis, *Studiose agendum est, ut ea, quae promittuntur, opere compleantur (...)*”.

³¹⁵ Canisius (1649a) ad X 1.35.1, num. 5, 49: „Itaque ex pacto nudo oriri actionem volunt communiter Dd. eaque vocatur condictio ex hoc *cap. 1* [X 1.35.1] vel potius, meo iudicio, *cap. 3 eod.* [X 1.35.3]”.

zawartej umowy i z podziału diecezji, ale nie było ono respektowane przez Optantiusa. Canisius dowodził, że synod wypowiadając słowa *Pax servetur, pacta custodiantur* chciał raczej doprowadzić do wprowadzenia pokoju i zachowania umowy przez przywrócenie posiadania Antygonowi, co swoje oparcie znajdowało także w jednej z reguł prawa. Wobec tego, że w kanonie nie było też wprost mowy o tym, iż zawarta umowa była gołą, Canisius jednoznacznie uznał, że skądinąd słuszna zasada *ex nudo pacto oritur actio* winna być łączona raczej z c. *Qualiter*³¹⁶. Na sam koniec komentarza wspomniał jeszcze o znaczeniu c. *Iuramenti*, które sprowadzało się do uznania, że na jego podstawie zrównane co do grzechu zostały zwykła mowa i przysięga, których naruszenie jednakowo zasługiwało na Bożą karę, choć inaczej grzeszył ten kto kłamał, a inaczej ten, kto krzywoprzysięgał³¹⁷.

Canisius był konsekwentny w obronie swojej tezy, bowiem przedstawił argumentację na jej rzecz także w komentarzu do c. *Qualiter* (choć komentował tylko wybrane kanony *Dekretalów*). Wyjaśnił on, że tekst ten lepiej dowodził, iż w prawie kanonicznym z gołej umowy rodziła się skarga, ponieważ pojawiała się w nim terminologia związana ze składaniem obietnicy, którą dało się połączyć z oświadczeniem złożonym na piśmie, co z kolei wiązało się ze stypulacją. Canisius przyznał jednak, że także jego pogląd nie był pozbawiony trudności w interpretacji, do których zwrócił się w dalszej kolejności³¹⁸. Reszta komentarza do c. *Qualiter* to zasadniczo właśnie obrona przedstawionej tezy, w której

³¹⁶ Canisius (1649a) ad X 1.35.1, num. 6, 49-50: „Caeterum etsi veram fateamur praedictam DD. sententiam, quod ex nudo pacto oriatur actio, tamen non videtur hoc recte probari ex *hoc c.1* [X 1.35.1] si inspiciamus acta Conc. Africani, quod Carthagine in Africa celebratum est sub Iulio I. Papa (...). Nam ex eo constat Antigonom Episcopum, cuius hic sit mentio, cum conquestus esset in Concilio contra Episcopum Optantium, quod ab eo turbaretur in possessione suarum parochiarum, contra pacta et distinctionem dioecesium mutuo consensu factam, hoc responsum a Concilio recepisse, *Pax servetur, pacta custodiantur*. Igitur querela Antigoni Episcopi contra Optantium tota nitebatur in turbatione possessionis, quam ille confectus erat vi pacti mutui; quae vel sola iusta causa erat redeundi ad pacem et ad pactum initum. Quod enim latenter, aut per vim, aut alias illicite factum est, nullam debet stabilitate subsistere, ut habet iuris regula, in *c. Quod latenter inf. de R.I.* [X 5.41.5]. Neque certo constat, an plane fuerit nudum pactum, cum utriusque manu subscriptum fuerit, ut testatur idem Conc. Quare non video quomodo ex hoc cap. nostro eliciatur et vulgo iactetur, quod pacta nuda pariant actionem, nisi quod *c. Qualiter 3 inf. eod.* [X 1.35.3] illud magis confirmet, uti paulo post dicam”.

³¹⁷ Canisius (1649a) ad X 1.35.1, num. 7, 50: „Sed quid respondendum ad *d. can. Iuramenti 22 q.5* [C.22, q.5, c.12] quo simplex loquela et iuramentum aequiparantur? Resp. Utrumque aequiparari quoad peccatum. Sive enim simpliciter falsum dixeris, sive iuratus, aequè peccas, quia, inquit idem textus, sicut in iuramento nullam convenit esse perfidiam, ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque et periurium et mendacium divini iudicii poenam damnatur, dicente Scripturam, *Os quod mentitur, occidit animam*”.

³¹⁸ Canisius (1649a) ad X 1.35.3, num. 1-2, 50-51: „Textus hic meo iudicio magis probat, quod Cap. superiori tractavimus, scilicet ex pacto nudo oriri actionem de iure Canonico, si per verbum, *promittuntur*, etiam intelligamus ea, quae simpliciter verbo offeruntur, et consensu alterius partis acceptantur (...). Licet alioqui verbum, *promissum*, in instrumento positum perinde sumatur, atque si praemisam interrogatione responsum sit, pro stipulatione (...). Porro et haec interpretatio non minimam difficultatem parit. Nam si eam admittamus, ut ex quavis promissione etiam simplici oriatur actio de iure Canonico, vel saltem officium iudicis, ut quidam volunt, apud Felin. (...) eveniet, ut maiora incommoda incurramus”.

zawarto także odesłanie do argumentacji teologicznej czy wyjaśnienia związane ze środkami procesowymi, które mogły posłużyć do praktycznej realizacji kanonistycznej doktryny. Według kanonisty należało odrzucić doktrynę o zaskarżalności rozumianą wąsko: z kanonów nie wynikało przyznanie skargi w przypadku naruszenia umowy. Canisius uważał, że skoro prawo cywilne nie przyznawało skargi umowie gołej, lecz sam zarzut, to była to przeszkoda dla przyznania takiej skargi w prawie kanonicznym – jego wątpliwość budziła możliwość zastosowania skargi z gołej umowy w prawie kanonicznym, skoro przeszkodę stanowiło *ius civile* takiej skargi nie przyznając, ponieważ miał zapewne na myśli *condictio ex canone* opartą na analogicznej skardze rzymskiej. Wyjątkiem były sytuacje, w których została złożona przysięga, bowiem wtedy złamanie umowy sprowadzało utratę zbawienia, gdyż przysięga wiązała umawiającego się bezpośrednio z Bogiem. Tam jednak, gdzie prawo kanoniczne nie występowało klarownie przeciw prawu cywilnemu, należało zachować to ostatnie, czego potwierdzeniem był c. *Intelleximus*³¹⁹. Nie oznaczało to jednak, że Canisius odrzucał teologiczne uzasadnienie całej doktryny o zaskarżalności, ale raczej jego niechęć wobec przyznawania skargi z gołej umowy, ponieważ stało to w sprzeczności z prawem cywilnym. Skłaniał się raczej do skorzystania w takiej sytuacji z *denuntiatio evangelica*, a więc był za przyznaniem jakiegoś środka ochrony³²⁰.

W swoich uwagach Canisius chętnie podążał za opinią uczonych (imiennie przywołując kilku z nich, np. Hostiensisa, Panormitanusa, Felinusa Sandeusa, Covarrubiasa), przywoływał różne teksty źródłowe i przedstawił argumentację opracowaną w średniowieczu. Nie przeszkodziło mu to jednak w zasadzie całego komentarza zorganizować wokół krytyki łączenia badanej kwestii z c. *Antigonus* i obrony własnej tezy, tj. umocowania kanonistycznej doktryny w c. *Qualiter* i odrzucenia skargi z gołej umowy.

³¹⁹ Canisius (1649a) ad X 1.35.3, num. 3, 51: „Quare nec ex pacto nudo dabitur actio de iure Canonico, quia eam impedit ius civile, exceptionem tantum dando, non actionem (...) praeterquam si quae iuramento confirmata sunt, iuxta regulam, quam iubetur omne iuramentum servari, quod non vergit in aeternae salutis dispendium, nec redundat in alterius detrimentum (...). Id enim efficit iuramenti vinculum, quo iurans Deo alligatur (...). Itaque cum ius civile impediatur actionem oriri ex nudo pacto, exceptis tamen certis casibus, quos vide apud Hostiensem (...) et Salicetum (...) nec iure Canonico orietur actio, arg. text. in c.1 inf. De novi operis nuntiat. [X 5.32.1] nisi apertius ex alio loco iuris Canonici comprobetur”.

³²⁰ Canisius (1649a) ad X 1.35.3, num. 5, 52.

2.2.2.3. Emanuel González Téllez

Na uwagę zasługuje obszerny komentarz Emanuela Gonzáleza Télleza (?-1649)³²¹, kanonisty, o którym stosunkowo niewiele wiadomo, biorąc pod uwagę znaczne oddziaływanie jego *Commentaria perpetua*. W swoim dziele dał on wyraz zainteresowaniu także historią tekstu, bowiem swoje rozważania każdorazowo podzielił na dwie części: *Notae*, które wyjaśniały językowe i historyczne znaczenie kanonów, oraz *Commentaria*, które były właściwym omówieniem ich znaczenia. *Notae* do c. *Antigonus*³²² zawierały szereg bardzo interesujących informacji, które świadczyły o tym, że Téllez prowadził pogłębione badania nad historią tekstów źródłowych³²³. Wyrazem tego było także umieszczenie na wstępie znacznie dłuższego tekstu kanonu niż podany w wersji skróconej przez Rajmunda.

Commentarium do rzeczzonego kanonu zostało oparte na szerokich podstawach doktrynalnych. Téllez nie poprzestał na uznaniu, że skarga przysługiwała z gołej umowy na podstawie powszechnej opinii uczonych, ale przywołał imiennie autorytet wielu z nich (dokładnie dwudziestu, od Hostiensisa i Baldusa, przez wielu mniej znanych, aż po Vinniusa i Canisiusa). Następnie wymienił sześć tekstów źródłowych, które według różnych opinii stanowiły podstawę doktryny kanonistycznej. Znalazły się pośród nich c. *Antigonus*, c. *Qualiter* i c. *Iuramenti*; dalej podał także dwa kanony z tytułu *De iudiciis Dekretalów*, wskazując m.in., że prawo kanoniczne zawsze stosowało się do słuszności i przede wszystkim patrzyło na forum wewnętrzne (*ius canonicum semper aequum, et bonum amplectitur*) oraz że ciężkim grzechem było łamanie zaufania (*grave peccatum est fidem fallere*). Szóstym źródłem był kanon, w którym Grzegorz Wielki nakazywał zachować umowę gołą zawartą między cesarzem i królem Gotów. Już w ramach tych wstępnych rozważań powtórzył więc Téllez argumentację teologiczną, ale także sięgnął do wielu innych autorów, np. do Grocjusza³²⁴.

³²¹ Schulte (1880) 742; van Hove (1945) 537 o tym komentarzu tak napisał: „Scriptum hodie adhuc est valde utile pro exegesi textuum”; Naz (1965b).

³²² Zob. Spies (1928) 135-136 (tekst w przypisie, num. 2, pkt 1).

³²³ Téllez (1756) ad X 1.35.1, notae, a-f, num. 1-6, 1.601-602; zob. także Landau (1999) 15.

³²⁴ Téllez (1756) ad X 1.35.1, num. 7, 1.602: „Ex hoc textu, praecipue ex illis verbis: *Pax servetur, pacta custodiantur*; deducunt communiter Interpretes, *ex pacto nudo iure Canonio actionem dari, et ipsam nudam conventionem non solum exceptionem, verum et efficacem actionem producere*. Ita docent (...). Pro quorum communi sententia primo facit textus praesens in illis verbis: *Conventus pacta custodiantur*. Ubi generaliter iubetur, conventiones, pacta custodiri. Secundo facit textus *in cap. qualiter 3 hoc. tit. [X 1.35.3]* in illis verbis: *Studiose agendum est, ut ea, quae promittuntur, opere compleantur*. Igitur nuda etiam promissio adimplenda est. Tertio facit ea consideratio, nam *ius nostrum canonicum inter simplicem loquelam, et iuramentum nullum agnoscit discrimen, c. iuramenti 12 22 quaestion.5 [C.22, q.5, c.12] c. pervenit, de fideiussor. [X 3.22.1]* Grotius (...) *sed ex pacto nudo, iuramento accedente, nascitur actio (...) igitur et ex pacto nudo nascitur actio. Quarto fulcitur haec sententia ex cap.1 de iudiciis [X 2.1.1]*, ubi quod vult deus ob nudam promissionem comparandi in iudicio cogitur comparere: igitur quia iure canonico pactum nudum efficax est ad

W następnych fragmentach swojego komentarza kanonista omówił poglądy autorów przeciwnych *communis opinio* (pośród nich Connana, Covarrubiasa, Cujasa czy Fabera), wyjaśnił etymologię słowa *pactum* i przedstawił definicje umowy, a dalej przeszedł do prezentacji rzymskiej zasady *ex nudo pacto actio non oritur* i wyjątków od braku zaskarżalności umów gołych³²⁵.

Po wprowadzeniu i omówieniu zagadnień wstępnych Téllez przeszedł do krytyki dominującego w nauce poglądu i skupił się w szczególności na wyjaśnieniu tych kanonów, z których błędnie wyprowadzano zasadę *ex nudo pacto oritur actio*. Może to poniekąd zaskakiwać, że po tak drobiazgowym przedstawieniu na wstępie zwolenników opinii dominującej, kanonista przeszedł płynnie do jednoznacznego wystąpienia przeciw niej. Według Télleza argument dotyczący nadmiaru sporów sądowych wykorzystywany w *ius civile* tak samo użyteczny był w prawie kanonicznym i należało uznać za bardziej słuszny brak zaskarżalności umów gołych w prawie kanonicznym. Przedstawił on szereg argumentów przeciw interpretacji c. *Antigonus*, która doprowadziła do powstania i rozwoju zasady *ex nudo pacto oritur actio*. Wskazał np., że w kanonie tym były użyte bardzo ogólne sformułowania, tak jak zresztą wypowiadał się na temat umów pretor. Pokazywał także jak doktryna i źródła pozwalały interpretować ten tekst w taki sposób, że uznawano zaskarżalność tej konkretnej umowy między biskupami na podstawie ogólnych zasad znanych prawu rzymskiemu, ale bez sformułowania postulatu zaskarżalności wszystkich umów³²⁶. W dalszej kolejności Téllez poddał krytyce interpretację c. *Qualiter*, z którego także wywodzono rzeczony postulat, co

producendam actionem. Quinto firmatur dicta sententia, quia ius canonicum semper aequum, et bonum amplectitur, c. *dilecti, de iudiciis* [X 2.1.6]: sed nihil aequitati magis consentaneum est, quam pacta servari (...) et grave peccatum est fidem fallere (...). Unde ius canonicum, quod principaliter respicit forum animae, et iustitiam internam, c. *novit 13 de iudiciis* [X 2.1.13], c. *fin. de praescript.* [X 2.26.20] debet pacta etiam nuda efficaciter approbare: igitur pactum etiam nudum iure canonico actionem producit. Adstruitur sexto ex textu in c.1 *de probat.* [X 2.19.1] ubi pacta nuda inita inter Imperatorem et Regem Gothorum, observari iubentur a Gregorio Magno: igitur quia pactum nudum iure Pontificio efficax est et producit actionem”.

³²⁵ Téllez (1756) ad X 1.35.1, num. 8-12, 1.602-604.

³²⁶ Téllez (1756) ad X 1.35.1, num. 13, 1.604: „Et cum praedicta ratio, ob quam pactum iure civili actionem non producit, videlicet ut sit litium, et controversiarum finis, etiam militet iure canonico (...) hac de causa, sicut iure civili, ita et canonico ex pacto nudo actionem non oriri verius existimo. Nec contrariae sententiae fundamenta obstant. Non primum deductum *ex hoc c.1* [X 1.35.1] in illis generalibus verbis: *Pax servetur, pacta custodiantur*. Ex quibus deducunt communiter repetentes, ex pacto nudo actionem oriri; sed quam sine ratione, manifeste constat: nom eisdem generalibus verbis utitur Praetor in *l. iurisgentium, § ait Praetor, ff. de Pactis* [Dig. 2.14.7.7], ibi: *Pacta servabo*; et etiam refert Impertator *l. ult. C. de pactis* [Cod. 2.3.30] quae verba communiter accipiuntur exceptione data, nisi pacta legitima sint (...). Unde cum in nostro textu pactum in scripturam redactum fuisset, ut constat ex illis verbis: *Manuscriptiones nostrae pittacia tenent*; ideo ex hoc pacto actio nascitur. Alia etiam de causa pactum inter Episcopos in initum in hoc textu actionem producit; nam tale pactum fuit divisionis Episcopatum: et licet pactum divisionis nudum sit, *l. divisionis 45 ff. de pactis* [Dig. 2.14.45] tamen ipsa divisio actionem producit, et similis est contractui, *l.1 Cod. communia utriusque iudicii* [Cod. 3.38.1]”.

według kanonisty nie miało podstaw w tekście źródłowym³²⁷. Następnie odrzucił uznanie zaskarżalności umów gołych na podstawie c. *Iuramenti* i pozostałych kanonów, które przywołał na wstępie swojego wywodu. Wydaje się, że według tego kanonisty umów należało dotrzymywać, co wynikało z kanonicznej słuszności, ale skarga nie powinna być przyznawana w tych przypadkach, gdzie dostępne były inne środki pozwalające zmusić strony do przestrzegania umowy, a tak właśnie było w omówionych przezeń kazusach³²⁸. Później omówił jeszcze kilka innych problematycznych kanonów, zwłaszcza zaś c. *Quicumque suffragio*.

Téllez zakończył swój komentarz jednoznacznie uznając, że z gołej umowy nie powstawała skarga, ale nie oznaczało to, że obiecujący gołymi słowy nie powinien się z obietnicy wywiązywać, do czego można było go zmusić wykorzystując *officium iudicis* lub *denuntiatio evangelica*. W ostatnim zdaniu kanonista wskazał zaś, że ówczesnie według prawa królewskiego w Królestwie Hiszpanii niezależnie od sposobu wyrażenia obietnicy rodziła ona skuteczne zobowiązanie, co potwierdzała także przywołana jurysprudencja hiszpańska³²⁹.

Można zatem uznać komentarz Télleza za ciekawy przykład kontynuacji argumentacji kanonistycznej, zwłaszcza teologicznej, połączony z odrzuceniem wniosków dogmatycznych średniowiecznej kanonistyki w zakresie praktycznej realizacji obowiązku wierności danemu słowu. W oparciu o te same źródła i wbrew autorytetowi rozlicznych autorów Téllez jednoznacznie wystąpił *contra communem antiquorum opinionem* w zakresie uznania zaskarżalności wszystkich umów.

³²⁷ Téllez (1756) ad X 1.35.1, num. 14, 1.605: „Nec etiam facit pro communi sententia textus *in cap. qualiter hoc. tit.* [X 1.35.3] qui deductus est ex D. Gregorio (...) cui ut satisfaciant aliqui, existimarunt, in eo textu promissionem fuisse legitimam stipulationem legitimis verbis factam; quia verbum *promissio*, supponit omnia fuisse legitime acta: et quando scriptum reperitur, aliquem promisisse, praesumitur efficax stipulatio (...)”.

³²⁸ Téllez (1756) ad X 1.35.1, num. 17, 1.605: „Nec quod de aequitate canonica expendebatur ab assertoribus contrariae sententiae, obstat; nam licet verum sit, aequum esse, ut pacta nuda serventur; tamen non omnia, quae habent aequitatem naturalem, debent adimpleri, et exequi concessa actione: quare licet pactum nudum aequitate canonica subnixum adimpleri, et custodiri debeat, non tamen ideo actio concedenda est, siquidem aliis iuris remediis paciscentes cogi possunt pacta servare”.

³²⁹ Téllez (1756) ad X 1.35.1, num. 19, 1.606: „Manet ergo ex supra traditis, iure nostro canonico ex pacto nudo actionem non oriri, contra communem antiquorum opinionem; non autem inde inficiabimur, promittentem etiam verbis nudis, teneri ex eodem iure promissi adimplere aliis iuris remediis, ut officio iudicis interposito (...) denuntiatione Evangelica (...); non autem actione concessa. Hodie tamen iure nostro Regio (...) quomodocumque quis promiserit, efficaciter obligatur: docent pro illius textus interpretatione (...)”.

2.2.2.4. Prospero Fagnani

Doctor caecus oculatissimus, czyli ślepy, a jednak najlepiej widzący, czyli włoski kanonista Prospero Fagnani (Prosper Fagnanus, 1588-1678)³³⁰, zyskał ten tytuł, ponieważ swój komentarz zatytułowany *Ius canonicum sive commentaria absolutissima in V libros Decretales* napisał już po utracie wzroku, korzystając z cudzych oczu i z cudzych rąk³³¹. W swoim bardzo obszernym komentarzu do c. *Antigonus*³³² poruszył szereg istotnych kwestii związanych z doktryną o związaniu danym słowem (choć znaczną część komentarza – podobnie jak wielu innych kanonistów – poświęcił na omówienie zagadnień związanych z relacjami między papieżem a synodami). Fagnani po ogólnych spostrzeżeniach co do treści kanonu wskazał w pierwszej uwadze, że ówczasie trzeba było odejść od karania nieprzestrzegania umowy przez ekskomunikę, zgodnie z zaleceniami soboru trydenckiego, by nie wymierzać tej najcięższej sankcji kościelnej w przypadkach, w których były dostępne inne środki³³³.

W uwadze drugiej przedstawił argumentację moralną na rzecz dotrzymania umów, a grzech śmiertelny polegający na złamaniu umowy powiązał tutaj z karą ekskomuniki, która dotyczyła tylko tego rodzaju grzechów. Przywołał w tym miejscu różnych uznanych autorów i sięgnął nawet do mniej popularnych kanonów, jak c. *Praedicandum* czy c. *Psalmista*. Podjął także polemikę z pewnymi nowoczesnymi teologami, którzy próbowali wykluczyć śmiertelną winę tego, kto nie wywiązał się z danej obietnicy. Fagnani jednoznacznie wskazał, że takie stanowisko było wbrew c. *Antigonus* i wbrew naturalnemu rozumowi, bowiem naruszenie zaufania było grzechem, a świadczyły o tym także słowa Pisma Świętego³³⁴. Zwrócił on uwagę na wynikające z naruszenia umowy zagrożenie dla zbawienia i szerzej odniósł się do

³³⁰ Schulte (1880) 485; van Hove (1945) 537: „Hic primum locum tenet inter scriptores coetaneos”; Quaglioni (1994).

³³¹ Fagnani (1676) *Dedicatio*: „alienis utentem oculis, alienis utentem manibus”.

³³² Zob. Spies (1928) 137 (tekst w przypisie, num. 2, pkt 4).

³³³ Fagnani (1676) ad X 1.35.1, num. 3-4, 2.532: „Nota primo ex illis verbis, Ecclesiasticam sentiat disciplinam: quod ad pacti observantiam posse quem compelli per censuram Ecclesiasticam, idest per excommunicationem, inderdictum, vel suspensionem (...). Hodie tamen contra pacti quantumvis legitimi violatorem non debet Iudex Ecclesiasticus uti gladio excommunicationis, nisi ubi alia remedia non suppetunt, et in subsidium. Ita enim generaliter sancitum est a Tridentina Synodo (...).”

³³⁴ Fagnani (1676) ad X 1.35.1, num. 5-6, 2.532: „Secundo nota non servantem pactum peccare mortaliter, arg. cap. *Praedicandum*, 22 q.1 [C.22, q.1, c.17] et tenet hic gloss. cum qua transeunt Hostien. Ioan. Andr. Collectar Bellam. Cardin. Butr. Imol. et alii communiter et Archid. (...) et probatur efficaciter ex hac littera, quia recedens a pacto potest excommunicari. Excommunicatio autem non infligitur nisi pro mortali, ut est text. in cap. *Nemo Episcoporum*, 11 quaest.1 [C.11, q.3, c.41]. Atque hinc patet perperam a quibusdam ex modernis Theologis traditum esse promissionem non obligare ad culpam laethalem etiamsi a parte fuerit acceptata. Loquuntur enim contra textum hic, et contra naturalem rationem. Nam violare fidem proculdubio peccatum est, cum grave sit fidem fallere, leg.1 *De constit. pecun.* [Dig. 13.5.1pr.]. Unde ex qualibet promissione obligatur quis ad implendum quod promisit (...). Scriptum enim, quae procedunt de labiis meis non faciam irrita (...).”

kwestii utrzymania pokoju w społeczeństwie, czemu otwarcie sprzeciwiało się naruszenie zaufania. Połączył on wątki teologiczne ze społecznymi poprzez analizę źródeł i sięgnięcie do innych autorów³³⁵.

Trzecia *nota* poświęcona została kwestii jurysdykcji Kościoła nad sprawami dotyczącymi złamania umowy, w szczególności Fagnani rozważył szczegółowo, czy z *c. Antigonus* i z innych źródeł wynikała kompetencja sędziego kościelnego do sądenia spraw między świeckimi. Wydaje się, że Fagnani był zwolennikiem przyznania szerokiej jurysdykcji Kościołowi, która wynikała z tego, że naruszenie umowy wiązało się z grzechem, a w ogólności władza Kościoła nad świeckimi miała prowadzić do utrzymywania pokoju. Kwestia ta była jednak złożona, więc kanonista rozważył różne interpretacje, ale ostatecznie uznał, że i świeccy mogli być sądeni przed sądami kościelnymi. Wykorzystał w swojej argumentacji różne źródła a także zwrócił uwagę na treść *c. Antigonus*, która nie została powtórzona w *Liber extra*: według niego świadczyło to o intencji prawodawcy, by na podstawie tego kanonu wszyscy mogli dochodzić swoich praw, nie zaś tylko biskupi, jak chciała *Glossa ordinaria*³³⁶.

Następna uwaga Fagnaniego została poświęcona wprost zaskarżalności umów: wydaje się, że podzielał on dawną *communis opinio* w tym zakresie, co świadczyło także i o tym, że pomimo opinii autorów występujących przeciw niej, nadal była ona uznawana³³⁷. Fagnani

³³⁵ Fagnani (1676) ad X 1.35.1, num. 8, 2.532: „At transgressio iuris naturalis et divini periculum salutis inducit, ut legitur in cap. *fin. de consuet.* [X 1.4.11] et secundum hoc violatio pacti opponitur iustitiae. Nulla enim maior iustitia, quam pacta servare (...). Praeterea ex fidei violatione graviter laeditur tranquillitas Societatis humanae, ut leg. *I § Merito, ff. depos.* [Dig. 16.3.1.2] ibi: crescit perfidiae crimen, et publica utilitate coercendum est vindicandae Reipublicae causa: est enim intulie in causis huiusmodi fidem frangere: ubi gloss. exponit verbum illud, inutile, idest contra utilitatem, et secundum hoc violatio fidei opponitur charitati, et consequenter est mortalis, licet multa subtiliter hac de re disserat Caietan. (...)”

³³⁶ Fagnani (1676) ad X 1.35.1, num. 9-14, 2.533: „Tertio nota ad observantiam pacti posse quem compelli per Ecclesiam, seu iudicem ecclesiasticum: quod probatur hic ponderando illa verba Ecclesiasticam sentiat disciplinam, cenura niem ferri non potest per Iudicem laicum, cum careat clavibus (...). Praeterea etiam in laicos Ecclesia habet iurisdictionem ut pax servetur (...). Praeterea omne pactum quantumcumque simplex potest appellari fides, cap. *I de spos. duor.* [X 4.4.1] et in concernentibus animam, et ubi agitur de materia peccati, sicuti est violatio pacti, ut probatum est supra (...). Plerique enim censent communem opinionem Canonistarum quod laicus directo conveniri possit per viam actionis pro observantia pacti nudi, habere locum in terris Ecclesiae tantum, non autem in terris Imperii (...). At secus dicendum est si imploretur officium Iudicis, aut procedatur, per Evangelicam denuntiationem, quia tunc laicus etiam non existens de temporali iurisdictione Ecclesiae ratione peccati, quod committeret frangendo pactum, potest saltem indirecto conveniri coram Ecclesiastico Iudice (...). Denique idem colligitur ex textu nostro, ubi Ecclesia procedit per censuram ecclesiasticam contra pacti violatorem, nec distinguitur an talis violator sit laicus, ecclesiasticus, et an de temporali iurisdictione Ecclesiae, vel Imperii (...) tamen observandum est consulto in Gregoriana compilatione illud caput fuisse mutilate huc translatum, et omissam mentionem Episcopi Optantii, contra quem agebatur, et tituli causae, et simpliciter fuisse appositum responsum Patrum in Synodo, pax servetur, pacta custodiantur; quia Papa indentit per generalem Constitutionem decernere, ut pro pacti observantia Iudex ecclesiasticus posset procedere contra quoscunque, prout ex hoc textu deducunt Doctores (...)”

³³⁷ Zob. Spies (1928) 137 (tekst w przypisie, num. 2, pkt 4).

sięgnął w tym miejscu do wielu dawnych kanonistów, a nawet – co wyjątkowe – wskazał na głosę Huguccia do c. *Quicumque suffragio*. Nie uznał on za zasadne innych propozycji doktrynalnych, tj. *officium iudicis* czy *denuntiatio evangelica*, które wyrosły z odmawiania zaskarżalności wszystkim umowom. Fagnani przywołał znane argumenty, tj. brak rozróżnienia na umowy gołe i ubrane w kanonie synodalnym z Kartaginy, brak różnicy między nimi tak wobec Boga, jak i w dobrym sumieniu, czy wreszcie brak różnicy między prostą obietnicą a przysięgą w oczach Bożych³³⁸. Dalej w szczegółach rozważył stanowiska przeciwne *communis opinio*, np. na rzecz wspomnianych instytucji procesowych czy też opinię legistów, i przeciw nim przytoczył różne racje. Wzmiankował także o ówczesnej praktyce udzielania skarg w Królestwie Francji w celu dochowania umowy³³⁹.

Komentarz Fagnaniego można więc uznać za przejaw kontynuacji *communis opinio* z pewnymi innowacjami. Na przykład szerzej dopuszczał on sądzenie świeckich na forum kościelnym, czy też klarownie wywodził, że zaskarżalność umów w prawie kanonicznym nie wynikała z kanonu synodu kartagińskiego, lecz z woli papieża jako prawodawcy, który promulgując *Liber extra* specjalnie skrócił tekst tego rozstrzygnięcia by nadać mu charakter normy generalnej. Fagnani powtórzył też wszystkie istotne argumenty kanonistyki średniowiecznej, a uczynił to w bardzo klarownym wywodzie opartym na wielu źródłach i pracach kanonistów.

2.2.2.5. Agostinho Barbosa

Portugalski kanonista Agostinho Barbosa (Augustinus Barbosa, 1589-1649)³⁴⁰ należał także do wyjątkowo płodnych literacko autorów swojej epoki. W swoim najważniejszym dziele, tj. najbardziej wpływowym podręczniku prawa kanonicznego w okresie wczesnonowożytnym (wg Petera Landaua³⁴¹), *Iuris ecclesiastici universi libri tres*, tylko marginalnie wspomniął on o zachowywaniu umów. Napisał tam, że umowy winny być pilnie

³³⁸ Fagnani (1676) ad X 1.35.1, num. 15-17, 2.533-534: „Quarto nota ibi, *pacta suam obtineant firmitatem*, etc. ex pacto quantumcunque nudo oriri actionem secundum Canones, prout tenet hic (...) et alli communiter gloss *fin. Hug.* (...) Et quamvis text, aperte non exprimat de pactis nudis, tamen cum generaliter decernat ut pacta custodiantur, nec distinguat inter pacta nuda, et vestita, non est nostrum sic distinguere, quia ut inquit hic Bald. (...) inter pactum nudum, et vestitum nec Deus, nec bona conscientia distinguit, nec constituit Deus differentiam inter simplicem promissionem, et iuramentum (...). Neque vero secundum Canones est curandum de nomine actionis, et secundum Bald. aut vocabitur actio in factum (...) auc conditio ex hoc Canone (...)”.

³³⁹ Fagnani (1676) ad X 1.35.1, num. 26, 2.535: „Multis tamen in locis servantur in practica, ut etiam inter laicos non existentes de temporalis iurisdictione Ecclesiae procedatur hoc casu etiam in foro saeculari per viam actionis, prout practicari in Regno Franciae testatur Natta paulo ante citatus”.

³⁴⁰ Schulte (1880) 746-747; van Hove (1945) 536-537 o jego *Iuris ecclesiastici universi libri tres* napisał: „Opus omnino praestans”; Cuena (2004); Sinisi (2011) 309-332; Hespanha (2016).

³⁴¹ Landau (1999) 13-14.

przestrzegane, skoro – jak podawali inni autorzy – sam Bóg wszechmocny mógł być zobowiązany za pomocą swojej obietnicy. Między umawiającymi się zatem wszystko powinno być zachowane, ponieważ z porozumienia stron kontrakt stawał się dla nich prawem. Dodał do tego Barbosa odniesienia do prawa rzymskiego, do doktryny oraz do orzecznictwa rotalnego, ale te krótkie uwagi na temat umów miały charakter incydentalny, były wspomniane na marginesie rozważania kwestii przywilejów, stąd trudno przypisać im większe znaczenie³⁴².

Collectanea Doctorum tam veterum, quam recentiorum in ius pontificium universum Barbosa były zaplanowane jako zebranie komentarzy uczonych dawnych i ówczesnych do całego prawa kanonicznego, i dają wgląd w to, jak Barbosa interpretował badane zagadnienie³⁴³. Faktycznie jego komentarz miał odmienny charakter: przeważały w nim odesłania do innych prawników, a głos samego autora służył tylko organizacji tego rozległego materiału. Poza tym, że wskazał on zatem na istotne według niego wątki związane z zachowywaniem umów i odesłał do innych uczonych, niewiele można powiedzieć na podstawie *Collectanea Doctorum* o jego własnej opinii, może poza dającym się odczuć dystansem wobec rozważania wielu typowych zagadnień właśnie w kontekście tego kanonu *Dekretalów*³⁴⁴. Stąd też wskazane jest sięgnięcie do *Praetermissa et additamenta ad Collectanea Doctorum*, w których Barbosa przedstawił swoje zdanie na temat zaskarżalności umów gołych. Jego krótkie wyjaśnienia były oparte na wywodzie mało znanego kanonisty Laeliusa Mancinusa Politianusa. Po przedstawieniu specyfiki umów gołych i stanowiska prawa cywilnego wobec nich, Barbosa krótko wskazał (prawdopodobnie za rzezonym kanonistą), że według prawa kanonicznego miały one moc zobowiązującą, lecz nie poprzez skargę, a tylko poprzez doniesienie ewangeliczne, na co przytoczył następnie stosowny kasus³⁴⁵. W opozycji do tej opinii stało twierdzenie Barbosa wyrażone w zupełnie innym

³⁴² Barbosa (1659) lib. 1, cap. 39, § 3, num. 26-29, 1.443: „Pacta enim diligenter servari oportet (...), ubi Bald. dicit quod etiam Deus omnipotens ex promissione obligatur, prout illum refert Octav. Glorit. (...) iunctis, quae late adduxi (...), inter contrahentes sunt omnino observanda (...); quia contractus ex conventionione partium legem accipiunt (...)”.

³⁴³ Zob. Spies (1928) 136 (tekst w przypisie, num. 2, pkt 2).

³⁴⁴ Barbosa (1656), ad X 1.35.1, num. 1-6, 1.298-299: „Pacta quantumcunque nuda servanda sunt (...). *Pacta custodiantur*. Notatur ad hoc quod pacta sunt servanda. Aequitati enim nihil magis convenit quam pacta servare (...). Et nulla est maior iustitia quam servare pacta (...). Et rumpere pacta grave est apud Deum, ne dum apud homines (...) quia pacta dant legem contracturi (...) et aequiparantur leges (...). Unde grave est fidem fallere et promissa non adimplere (...). Pactum nudum quid sit, quando inducat actionem de iure Canonico, et Civili? quid si sit iuratum? et inter mercatores? sunt quaestiones, quae sedent in hoc text. sed quia ad eas tractandas, et decidendas magnus sese offert disputandi campus, quod non convenit brevitati, cui consulimus, ideo qui eas scire cupit, consulat (...)”.

³⁴⁵ Barbosa (1657) ad X 1.35.1, num. 4, 31: „Iure vero Pontificio obligat nudum pactum, quod factum credit Laeli. Mancin. (...) ex Pontificia pietate ne fides rumpatur obtentu iuris, et existimat servandum (...)

miejsu jego *Collectanea Doctorum*, gdzie podał, że zobowiązanie naturalne rodziło skargę i zarzut w prawie kanonicznym, choć trzeba uznać, że uczynił to w kontekście odmiennego zagadnienia i w zgodzie z poglądami prawników *ius civile*³⁴⁶.

Wydaje się w każdym razie, że Barbosa, choć jego dzieło miało wpływ na doktrynę, w specyficzny sposób wpisał się w jej historię. Z jednej strony przywołał główne tezy kanonistyki i odesłał do szczegółowej literatury, z drugiej zaś sam raczej nie przychylił się do *communis opinio* przyznającej skargę i bardzo skromnie odniósł się do normatywnej treści c. *Antiognus*.

2.2.2.6. Ehrenreich Pirhing

Kolejny kanonista to Ehrenreich Pirhing (Enricus Pirhing, 1606-1690)³⁴⁷, prawnik niemiecki, autor *Universum ius canonicum secundum titulos Decretalium distributum nova methodo revocato*, czyli komentarza, który miał przedstawić prawo kanoniczne z zastosowaniem nowej metody i dał początek tzw. szkole „całego prawa kościelnego”³⁴⁸. Formalnym przejawem rzeczonyj nowości była forma jego komentarza, także do tytułu *De pactis*³⁴⁹: nie było to wyjaśnienie poszczególnych kanonów, ale podzielone na pięć paragrafów rozważania na temat umów przedstawione w formie odpowiedzi na postawione ogólne pytania. W paragrafie drugim zatytułowanym *De observatione Pactorum, et eorum confirmatione per Superiorum* Pirhing, zanim przeszedł do zagadnienia szczegółowego, przedstawił typowe kwestie związane z rolą umów w prawie kanonicznym. W ramach pierwszej *assertio* uzasadnił pogląd, że *pacta legitima* (w jego ujęciu był to synonim *pacta vestita*) zawarte między chrześcijanami powinny być zachowywane, a dalej dodał do niej cztery uwagi szczegółowe. Do zachowania umów można było skłonić poprzez kościelne kary, chyba, że umowy były przeciwne prawu lub dobrym obyczajom, podstępne, szkodliwe dla innych lub też prowadziły do szkody dla zbawienia – wtedy nie należało ich zachowywać. Skoro także świeccy grzeszyli nie zachowując umów, to i oni winni umowy zachowywać, co wynikało ze słuszności naturalnej. Naruszenie *pacta legitima* zatwierdzonych przez drugą

denuntiatione Evangelica (...) et non iure actionis, et pro maiore declaratione speciem, et casum huius cap. sic refert (...)

³⁴⁶ Barbosa (1656), ad D.47, c.8, num. 7, 5.125: „Collige etiam posse quem denunciari in foro Ecclesiastico quotiescumque manet obligatus naturaliter (...). Quod intelligere oportet in obligatione naturali, quae legis naturae vinculis innitur, quaeve parit actionem, et exceptionem per ius Canonicum, vel qui habet per ius Civile retentionem, et exceptionem. Secus de illa, quae insurgit ex honestate, et debito morali, quaeve impedit tantum receptionem (...)”. Zob. Spies (1928) 136 (tekst w przypisie, num. 2, pkt 2).

³⁴⁷ Schulte (1880) 143-144; van Hove (1945) 537: „optimus canonista”; Naz (1945b).

³⁴⁸ Sobański (2009) 47-48.

³⁴⁹ Spies (1928) 136-137 (tekst w przypisie, num. 2, pkt 3).

stronę prowadziło do grzechu śmiertelnego. Wreszcie na koniec podał Pirhing, że z umowy – choćby gołej – na forum zewnętrznym według prawa kanonicznego rodziła się skarga, co powszechnie potwierdzali kanoniści. Skoro bowiem prawo coś nakazywało, rodziła się stąd skarga i ta zasada winna być przestrzegana i w prawie kanonicznym, a ponieważ c. *Antigonus* nie rozróżniał, jaka umowa została zawarta, należało przyjąć, że według kanonów skarga rodziła się także z umowy gołej³⁵⁰.

W końcowym paragrafie pod tytułem *De Effectu Pactorum* Pirhing podjął wiele wątków związanych z argumentacją średniowiecznych kanonistów. Najpierw wyjaśnił znaczenie zasady *ex nudo pacto non oritur actio* w prawie cywilnym, przy czym przywołał też przykładowo znaczenie forum wewnętrznego (za Moliną i Lessiusem), które uznawało za skuteczne także zobowiązania naturalne, do których można było zaliczyć umowy gołe³⁵¹. Był to przykład na uznanie w doktrynie gołej umowy za przykład *obligatio naturalis*, która z kolei nawet przez *ius civile* była uznawana za zaskarżalną z powodu tworzonego przez nią węzła prawnego opartego na sprawiedliwości. W drugim twierdzeniu Pirhing podał, że z gołej umowy, czyli z prostej obietnicy, jeśli została przyjęta, powstawała skarga skuteczna dla dochodzenia wobec sędziego tego, co zostało obiecanie. Swój wywód – tak jak w całym fragmencie – oparł na stosownych tekstach źródłowych oraz na pracach innych autorów. Wskazał, że umowa goła, która nie miała formy stypulacji, winna być wykonana. Skoro prawo świeckie wspierało obietnice uczynione, to na forum kościelnym prawo kanoniczne mogło wspierać także obietnice proste, przyznając stosowne skargi. Jasno zdefiniował także *ratio* tego stanowiska, która wynikała z tego, że obietnica – o ile nie dotyczyła sprawy złej lub

³⁵⁰ Pirhing (1674) ad X 1.35, § 2, num. 9-10, 1.693: „Assertio 1. Pacta legitima inter Christianos inita servari debent, prout statutur in c. Antigonus 1 h.t. [X 1.35.1] quod est desumptum ex Concilio Africano, ubi dicitur: (...). Similiter in c. Qualiter; 3 h.t. [X 1.35.3] dicitur (...). Hinc colligitur 1. Ad pacti observationem potest quis compelli per censuras Ecclesiasticas, videlicet excommunicationem, suspensionem, vel interdictum (...) modo pactum sit legitimum: nam pacta, quae fiunt contra leges, aut bonos mores, aut dolo, vel aliis sunt damnosa, vel quae in detrimentum salutis aeternae vergunt, servanda non sunt (...). Colligitur 2 (...) attamen generaliter intelligi debet decisio huius c. quod pacta legitima observanda sunt, non solum inter Clericos, sed etiam laicos, quia textus generaliter loquitur, et etiam laici peccant non servando pacta (...). Ratio est, quia naturalis aequitas dictat, pacta licita servanda esse, ex qua naturalis obligatio nascitur, quid enim tam congruum fidei humane, quam ea servare, quae inter eos (paciscentes) placuerunt (...). Colligitur 3. Violare pacta legitima ab altera parta acceptata, esse peccatum grave, seu mortale (...). Colligitur 4. Quod ex pacto, quamvis nudo, oriatur actio in foro externo, secundum Ius Canonicum, ut probant Canonistae communiter ex cit. c.1 h.t. [X 1.35.1] quia, quando ius mandat aliquid observari, oritur inde actio (...). At Ius Canonicum mandat observari pacta, ergo ex illis datur actio (...). Et quia textus hic generaliter decernit, pacta servanda esse, nec distinguit inter pacta nuda, et vestita, seu non nuda, per consequens etiam ex nudo pacto oritur actio, secundum Canones (...).”

³⁵¹ Pirhing (1674) ad X 1.35, § 5, num. 35, 1.700: „Assertio 1. Etsi ex nudo pacto Iure Civili non oriatur obligatio efficax, sive actio, id est, ius petendi in iudicio, quod promissum est: oriuntur tamen ex tali pacto alii quidam effectus, etiam in foro externo; Veluti (...). 5. Potest retineri pignus datum pro eo, quod ex nudo pacto est debitum, Molin. (...) Less. (...). Ratio est, quia ex nudo pacto, si iure positivo non sit irritum, nascitur obligatio naturalis, et in foro conscientiae, cum adsit consensus verbis expressus, et acceptatus, quod spectato iure naturae ad se obligandum sufficit, ut ex communi Theologorum docet Less. (...).”

bezprawnej – wiązała w sumieniu, a jej niewypełnienie prowadziło do grzechu śmiertelnego. Skoro zaś zasadniczym celem prawa kanonicznego było ustrzeżenie przed szkodą grzechu i kierowanie do zbawienia dusz, słuszne było przyznanie na forum kościelnym pełnej zaskarżalności zawartym umowom gołym, tak by można umów skutecznie dochodzić w sądzie wobec sędziego, a błędne było sprzeciwianie się tej powszechnej opinii przez np. uznanie, że z tytułu takiej umowy należy się tylko zarzut lub *officium iudicis*³⁵².

W dalszej kolejności kanonista sformułował trzy ogólne zastrzeżenia do podanego twierdzenia i to ich ujęcie można uznać za jego własny wkład w doktrynę. Otóż, według Pirhinga, po pierwsze zaproponowana zasada dotyczyła tylko forum kościelnego, zaś poza nim można było doprowadzić do spełnienia obietnicy tylko za pomocą *denuntiatio canonica*. Dodał on jednak, że ówczesnie w wielu trybunałach świeckich uznano, że obietnica złożona z zamiarem zobowiązania się dawała podstawę do skargi, dzięki czemu kres położono rozdziwiskowi między *forum externum* a *forum internum* i nie była dłużej otwarta brama dla występku. Po wtóre, skarga powstawała w prawie kanonicznym z gołej umowy tylko wtedy, gdy składający obietnicę miał intencję zobowiązania się. Tutaj Pirhing pozwolił sobie na narzekanie na ówczesne zwyczaje, które doprowadziły do tego, że często składano proste obietnice bez takiego zamiaru, stosując pospolitą formułę, przez co nawet na forum kościelnym rzadko można było zmusić umawiających się do wykonania umowy. Wreszcie w trzecim zastrzeżeniu, kanonista sformułował wymóg istnienia wyraźnej przyczyny (*causa*): jeśli nie dało się wskazać przyczyny obietnicy, nie można było przyznać skargi przeciw obiecującemu, co zobrazował Pirhing także kazusem. Na koniec swoich rozważań wyjaśnił, że choć zdawało się, że nie ma wobec tego różnicy między prawem kanonicznym a prawem cywilnym, to jednak różnica taka istniała, bowiem inaczej postrzegany był w obu prawach charakter wymaganej dla zaistnienia zobowiązania przyczyny (*causa*)³⁵³.

³⁵² Pirhing (1674) ad X 1.35, § 5, num. 36, 1.700-701: „Assertio 2. Secundum Ius Canonicum, ex pacto nudo, seu simplici promissione, si ea acceptata sit, oritur actio efficax ad exigendum in iudicio, quod promissum est. Ita communior, et probabilior sententia Theologorum, et Canonsitarum (...). Idque sumitur ex c.1 et c. Qualiter 3 h.t. [X 1.35.1; 1.35.3] in quibus praecipitur, quod pacta nuda, sine stipulationis formam, inita firmiter observanda, et opere adimplenda sint: ergo; cum Canones, sive leges Ecclesiasticae assistant nudo pacto, seu simplici promissioni, si acceptata sit, ex illo etiam in foro Ecclesiastico actio conceditur, nam actio in iudicio datur, quando lex assistit promissioni factae (...). Ratio est, quia quaelibet pacta, seu promissiones, si non sint de re mala, et illicita, et a promissario sint acceptatae, obligant in conscientia, et quidem sub peccato mortali, si materia sit gravis, et sufficiens ad culpam mortalem, ut ex communi docet Less. (...) ergo, cum in Iure Canonico, et foro Ecclesiastico praecipue caveatur periculum peccati, et indendatur salus animarum, merito in hoc foro promittentes etiam nude, et simpliciter, compelluntur ad pacta conventa observanda, non solum ope exceptionis, vel implorato officio Iudicis, ut censent contrariae sententiae DD. sed etiam concessio remedio ordinario actionis, per quam petitur in iudicio, quod promissum est”.

³⁵³ Pirhing (1674) ad X 1.35, § 5, num. 37, 1.701: „Caeterum assertio posita limitari et declarari debet. 1. Ut procedat in causis, quae, sive ratione personarum, sive ratione materiae, spectant ad forum Ecclesiasticum,

Komentarz Pirhinga wpisywał się we wcześniejszą doktrynę kanonistyczną, co świadczy o tym, że w drugiej połowie XVII w. średniowieczna koncepcja zaskarżalności umów gołych była nadal chętnie przyjmowana. Jednocześnie Pirhing dodał do tej doktryny własne pomysły, które jednak nie miały wpływu na jej ogólny kształt, a raczej pozwalały zniuansować pewne zagadnienia szczegółowe. Przykładowo jego rozważania o *causa* wpisywały się w rozbudowaną argumentację prawników *ius civile*. Przede wszystkim można uznać, że w komentarzu Pirhinga została przedstawiona i uznana argumentacja kanonistów średniowiecznych, przy czym została ona w kilku punktach zaktualizowana zgodnie z dorobkiem ówczesnych teologów moralnych, na których kanonista chętnie powoływał się w swoim wywodzie.

2.2.2.7. Anacletus Reiffenstuel

Ostatni wybrany przedstawiciel kanonistyki to Anacletus Reiffenstuel (1641-1703)³⁵⁴, kanonista niemiecki, autor *Ius canonicum universum*, wielkiego komentarza do prawa kanonicznego wydanego kilkunastokrotnie. Reiffenstuel przedstawiając wykład prawa kanonicznego starał się eliminować zeń elementy charakterystyczne dla teologii moralnej³⁵⁵. Od strony formalnej jego dzieło przypominało pracę omówioną powyżej; dla przedstawienia jego stanowiska co do związania danym słowem wystarczy sięgnąć do dwóch ostatnich pytań postawionych w pierwszym paragrafie do tytułu *De pactis*³⁵⁶. Na pytanie o skutek umów Reiffenstuel jako pierwszy i główny wskazał zobowiązanie naturalne: według powszechnej

et in locis Ecclesiae subiectis: in aliis vero causis locum habere potest denuntiatio Canonica, ut ad vitandum peccatum Praelatus Ecclesiae cogat promittentem stare promissis (...). Idem tamen iam in multis Tribunalibus secularium Principum, Lege statutum esse, ut scilicet etiam ex simplici promissione, animo vere se obligandi factam, obligatio, et actio oriatur (...) idque merito, ne forum internum discordet ab externo, et ut delictis ianua non aperiatur. Declaratur 2. Ex nudo pacto, seu simplici promissione acceptata, secundum Ius Canonicum, oritur actio, si promittens omnino intendat se obligare, et quidem ex iustitia, et non tantum ex virtute fidelitatis, aut veracitatis, nam hoc casu posteriore, nulla actio acquiritur promissario contra promittentem, per quam exigere possit id, quod promissum est, tantquam sibi debitum (...). Quare, cum hodie facillime, et valde frequenter simplices promissiones fieri soleant, sine animo obligandi se ex iustitia, iuxta illud vulgare dictum, *pollicitis dives quilibet esse potest*, ideo raro etiam in foro Ecclesiastico compelluntur paciscentes ad simplices promissiones observandas (...). Declaratur 3. Ex nudo pacto de Iure Canonico conceditur actio, si causa expressa sit, ob quam aliquid promittitur: secus, si nulla causa adiecta sit, neque ab Actore ostendi possit (...). Etenim pactum nudum parit actionem de Iure Canonico, sicut stipulatio de Iure Civili: sed ex hac non conceditur actio contra promissorem, nisi constet, vel probata fuerit causa promissionis (...). Dices, sic nulla est differentia inter utrumque Ius, cum et Ius Civile ex nudo pacto concedat actionem, si causa sit adiecta, per cuius appositionem vestitur, seu confirmatur, ut supra dictum. Verum discrimen adhuc est, quia de Iure Civili requiritur causa executioni mandata, id est, quod alter paciscentium, seu contrahentium impleverit id, ad quod se ex parte sua in eodem contractu obligavit: de Iure vero Canonico hoc non requiritur, sed quod causa, ob quam promittitur, exprimitur in promissione, vel de ea constet per confessionem debitoris, aut legitimam probationem creditoris, seu actoris, etiam si neuter executioni mandarit id, quod in contractu promisit (...)"

³⁵⁴ Schulte (1880) 154-155; van Hove (1945) 538; Naz (1965a).

³⁵⁵ Landau (1999) 18-19.

³⁵⁶ Spies (1928) 137 (tekst w przypisie, num. 2, pkt 5).

opinii uczonych z rozważnie zawartej umowy powstawało zgodnie ze wspólną zgodą naturalne zobowiązanie, które miało charakter zobowiązujący tak w prawie naturalnym, jak i na forum sumienia. Stąd też źródło swoje brała zasada, która wyrosła na gruncie c. *Antigonus* i c. *Qualiter*, choć kanonista wskazał, że takie stanowisko było podzielane i w prawie narodów. Po omówieniu związania umową nawet przez władców podał Reiffenstuel także drugi skutek umów, za jaki ogólnie uważał skuteczność umów gołych na forum zewnętrznym, co poparł odesłaniem do doktryny i stosownymi przykładami³⁵⁷.

W końcowym fragmencie Reiffenstuel postawił wprost pytanie o to, czy z gołej umowy powstawała skarga. Otóż według prawa kanonicznego dana była skarga z gołej umowy, by umożliwić stronom dochodzenie tego, co zostało ustalone. Potwierdzeniem tej doktryny była i *Glossa*, i wielu kanonistów, którzy powszechnie przyjmowali takie stanowisko, w przeciwieństwie do nielicznych (imiennie wskazano tylko Innocentego), którzy godzili się tylko na inne środki ochrony, tj. *denuntiatio evangelica* i *officium iudicis*. Kanonista przedstawił typową argumentację przeciw opinii mniejszościowej, którą oparł przede wszystkim na podkreśleniu moralnego zagrożenia wynikającego z niezachowania umowy. Następnie przywołał zreferowaną wyżej opinię Fagnaniego, która pozwalała odrzucić twierdzenie, że z c. *Antigonus* nie wynikała zasada *ex nudo pacto oritur actio*, ponieważ nie było między biskupami umowy gołej, lecz ubrana. Pierwszą odpowiedź na postawione pytanie zakończył podkreśleniem różnicy między prawem cywilnym a prawem kanonicznym w zakresie przyświecającego im celu. To pierwsze dążyło do utrzymania spokoju w państwie, czemu służyło unikanie mnożenia sporów sądowych, zaś to drugie miało na uwadze dobro sumień i unikanie grzechu – stąd też inaczej oceniały one kwestię skuteczności umów gołych. W drugiej odpowiedzi na to pytanie krótko wyjaśnił stanowisko prawa cywilnego, przy czym podkreślił, że według ówczesnych zwyczajów także na forum świeckim gołe umowy dawały skargę, chyba, że umawiający się specjalnie zawierali *pactum nudum*. Taka sytuacja zdarzała się jednak rzadko, w związku z czym można było uznać, że umowy poważnie i rozważnie zawarte także na forum cywilnym dawały skargę. Odwołał się przy tym do konstrukcji *actio*

³⁵⁷ Reiffenstuel (1735) ad X 1.35, § 1, num. 27-30, 1.371: „Quaeritur 4. Qui sint effectus Pactorum? Resp. 1. Primarius, ac principalis effectus pactorum, est obligatio naturalis. Nam certum est, et communiter a Doctoribus receptum, quod ex omni pacto, etiam nudo, dummodo deliberate, ac serio fiat, oriatur naturalis obligatio, propter mutuum consensum, Iure naturali ac etiam in Foro conscientiae obligantem. Quare rectissime in cap.1 h.t. [X 1.35.1] dicitur, pacta quantumcunque nuda servanda esse, ut explicat Summarium. Et cap.3 eod. [X 1.35.3] (...). Et hanc naturalem obligationem etiam Gentiles agnoverunt, ipsumque Ius Civile comprobant (...). Resp. 2. Pacta quaecunque, ratione naturalis obligationis, habent alios quosdam notabiles effectus, etiam pro Foro externo. Ita Lessius (...) Molina (...) Laym. (...) Pirhing (...) et alii. Idque probatur inductione, enumerando dictos effectus (...)”.

in factum, która już w okresie antycznym służyła poszerzeniu ochrony prawnej³⁵⁸. Być może ten zabieg był próbą poszukiwania pomostu między kanoniczną zasadą swobody umów a dogmatyką *ius civile*: sięgnięcie do *actio in factum* oraz podkreślanie, że ówczasie w prawie cywilnym także gołe umowy zyskały zaskarżalność mogły być przykładami takiego dążenia.

Reiffenstuel przedstawił w swoim komentarzu doktrynę kanonistyczną, ale nie wniknął w jej szczegóły. Argumentację kanonistów podał w zakresie minimalnym, choć nie ma wątpliwości, że podzielał *communis opinio*. W porównaniu do poprzedników można o jego tekście powiedzieć, że był bardziej oględny, mniej było w nim analizy źródeł, a nawet nie wszystkie istotne źródła zostały przywołane, jak choćby *c. Iuramenti*.

2.2.3. Wnioski

Kanonistyka nowożytna przekazała dorobek średniowiecznej nauki prawa w zakresie związania danym słowem. Nade wszystko widać w niej ciągłość argumentacji, tj. oparcie na racjach teologicznych, czasami wspartych argumentami społecznymi, a do tego zawsze wywód kanonistów budowany był na podstawie tekstów źródłowych, które chętnie cytowali, a niekiedy poddawali także pogłębionej analizie językowej czy historycznej, poprawiając starsze interpretacje oparte na skróconych źródłach. Wielokrotnie odwoływali się przy tym nie tylko do kwestii zagrażającego niebezpieczeństwa grzechu w przypadku złamania umowy, ale i do celu prawa kanonicznego, jakim była troska o unikanie grzechów i kierowanie ku zbawieniu. W różnym stopniu sięgali oni do tekstów doktrynalnych: czasami ograniczali się do przywołania kilku autorów kluczowych (Hostiensis, Panormitanus, Felinus Sandeus), ale

³⁵⁸ Reiffenstuel (1735) ad X 1.35, § 1, num. 31-38, 1.371-372: „Quaeritur 5. Utrum ex Pacto nudo detur actio? Resp. 1. Spectato Iure Canonico, ex pacto nudo datur actio; idest, ius exigendi in iudicio illud, de quo inter paciscentes conventum fuit. Ita Glossa (...) et Abbas (...) Baldus (...) Felinus (...) Fagnanus (...) et Canonistae communiter, contra Innocentium, et paucos alios: qui sentiunt, neque secundum Canones ex pacto nudo oriri actionem, sed ex eo competere dumtaxat remedium denuntiationis Evangelicae, et implorationis officii iudicis ad obtinendum id, quod naturaliter debetur, sicque peccatum evitetur (...). Accedit ratio: quia pactum nudum circa materiam gravem, et notabilem, obligat in conscientia, et sub peccato mortali: atqui Ecclesia potest procedere super quolibet peccato mortali, ut peccatore revocet a vitio ad virtutem. (...) Ad alterum negatur consequentia, et paritas: nam Ius Civile temporalem dumtaxat Reipublicae tranquillitatem spectavit, cuius proinde intento sufficiebat allata ratio de litibus non multiplicandis: econtra vero Ius Canonicum insuper providere voluit bono conscientiarum, et ut peccata evitentur. Differentiam vero inter Ius Canonicum, et Civile, quoad propositum esse statuendam, convincunt textus utriusque Iuris partim iam allati, partim illico allegandi (...). Resp. 2. De rigore Iuris Civilis non datur actio ex pacto nudo, sed solum exceptio (...). Nam secundum hodiernos mores etiam in Foro Civili datur actio ex pacto nudo; prout tradunt uno ore Interpretes, teste Christoph. Clingensperger. (...) et Pirhing (...). Idque merito, ne Forum externum discordet ab interno (...). Intellige, nisi quando contrahentes volunt, ut sit pactum nudum (...). Vel nisi quis promittat alteri quidpiam nutu, aut alter interrogatus nutu consentiat sive respondeat, quia tunc etiam de facto daretur pactum nudum (...). Quia tamen dicti casus sunt rarissimi, hinc praesens quaestio in praxi vix amplius habet locum; ac merito secundum hodiernos mores etiam in Foro Civili datur actio ex quocunque pacto, serio, ac deliberate inito, qualis actio potest appellari Actio in factum (...).”

często w komentarzach do *De pactis* można było znaleźć odesłania do bardzo wielu kanonistów dawnych, a nawet do tekstów, które już w średniowieczu nie były przywoływane, czego najlepszym przykładem było odesłanie do Huguccia u Fagnaniego. Szczegółowe referencje do kanonistów wcześniejszych oraz do uczonych XVI- i XVII-wiecznych (których było wiele) często zastępowano prostym powołaniem się na *communis opinio*. Wydaje się, że w zakresie stosowanej przez nowożytnych kanonistów argumentacji częściej pojawiały się odwołania do ogólnych kategorii takich jak natura, słuszność czy sprawiedliwość, co było m.in. skutkiem oddziaływania innych nurtów jurysprudencji tamtego czasu.

Nie oznacza to jednak, że kanonistyka nowożytna była zupełnie jednolita: przeciwnie, łatwo daje się w jej łonie dostrzec te same punkty różnicujące co w średniowieczu. Nadal niektóre kwestie budziły wątpliwości u wybranych autorów, i choć zaskarżalność umów gołych cieszyła się autorytetem *communis opinio*, nie przeszkadzało im to w występowaniu przeciwko niej. Kontrowersje dotyczyły jednak nie tyle samej zasady, co jej dogmatycznego wyrazu.

Kanonieści XVI i XVII w. pozostali jednak w znacznej mierze dłużnikami swoich poprzedników, w tym sensie, że do przyjętej przez tych pierwszych dawnej doktryny niewiele wprowadzali nowych wątków, które miałyby dla niej kluczowe znaczenie. W zasadzie poza kwestią tego, w jaki sposób należało chronić umowy gołe – co do tego, że należało je chronić nie było bowiem wątpliwości, skoro powszechnie uznawano znaczenie argumentu teologicznego – nie poszukiwali oni dalszych argumentów na rzecz przyjętej zasady. Odnotowywali także chętnie, że ówczasie i prawa cywilne, np. Francji, Hiszpanii czy Niemiec, również uznawały praktyczną skuteczność umów gołych. Przez to i rozważania samych kanonistów nabierały poniekąd charakteru archaicznych, bowiem rosła w kanonistach świadomość tego, że praktyczne znaczenie doktryny kanonistycznej stale malało. W związku z tym, że jednocześnie malał wpływ kanonistyki na prawo cywilne, oddziaływanie ich doktryny w zakresie związania danym słowem także traciło na znaczeniu. Widać w kilku punktach, jak ich rozważania były pod wpływem prawoznawstwa świeckiego i jak czerpały z dogmatyki *ius civile*, co w zakresie uzasadniania wiążącej mocy umów raczej nie zdarzało się w średniowieczu.

2.3. DRUGA SCHOLASTYKA – RECEPCJA

2.3.1. Uwagi wprowadzające

Drugim po samym prawie kanonicznym istotnym obszarem refleksji prawniczej, w ramach którego podjęte zostanie zagadnienie zaskarżalności wszystkich umów, stanowi tzw.

druga scholastyka³⁵⁹. Był to nurt w teologii moralnej, który opierał się na ponownej recepcji filozofii arystotelejskiej i opartej na niej myśli św. Tomasza z Akwinu z uwzględnieniem całego dorobku średniowiecza³⁶⁰. Autorzy zaliczani do tego nurtu, wśród których prym wiodli jezuici i dominikanie³⁶¹, zajmowali się bardzo szerokim spektrum zagadnień obejmującym także problematykę prawa kanonicznego i świeckiego³⁶². Interesowało ich bowiem wszystko, co podlegało ocenie moralnej, a takiej ocenie podlegały chociażby stosunki umowne, które opierały się na obietnicy wiążącej w sumieniu. Z tego względu pisarze drugiej scholastyki poruszali także zagadnienie zaskarżalności wszystkich umów, które szczególnie zajmowało ich z powodu niebezpieczeństwa grzechu związanego z naruszeniem umowy. Celem traktatów teologicznomoralnych tego czasu było także uzgodnienie różnych systemów prawa, które kształtowały problematykę umów w dobie wczesnonowożytnej. Uwzględniały więc one zarówno prawo kanoniczne, jak i prawo cywilne, ale także prawa lokalne i zwyczajowe. Warto również dodać, że dopiero wielostronne spojrzenie na podstawy prawne stosunków umownych dawało możliwość oceny moralnej stron w autonomicznym trybunale, za jaki uważano podówczas forum wewnętrzne, czyli sumienie człowieka³⁶³. Znaczenie drugiej scholastyki dla prawa prywatnego wynikało przede wszystkim z jej wpływu na ukształtowanie ogólnej teorii umów i oddziaływanie na inne nurty jurysprudencji, w szczególności na szkołę prawa natury i na *usus modernus*³⁶⁴.

W celu przedstawienia podejścia drugiej scholastyki do argumentacji średniowiecznych kanonistów zostaną omówione poglądy przykładowych autorów (García, Covarrubias, Azpilcueta, Molina, Lessius, Laymann, Oñate), których wybrano na podstawie dwóch kryteriów, tj. ich oddziaływania na dorobek całej szkoły oraz poza nią i wagi ich refleksji dla prawa umownego, dokonanej na podstawie literatury przedmiotu (zwłaszcza

³⁵⁹ Zwany również np. hiszpańską późną scholastyką, wczesnonowożytną scholastyką, czy scholastyką barokową. Zob. np. van Hove (1945) 566-568; Decock/Birr (2016) 12-13.

³⁶⁰ Zwiążłą prezentację specyfiki tego nurtu wraz z podstawową literaturą znaleźć można w Bergfeld (1977) 1016-1026; Coing (1985) 72-75; Decock/Birr (2016) 3-30.

³⁶¹ Przedstawiciele drugiej scholastyki rekrutowali się jednak również z wielu innych zakonów (byli pośród nich choćby franciszkanie różnych odłamów czy karmelici), a współcześnie zaczyna się również coraz szerzej uwzględniać w ramach tego nurtu autorów protestanckich – pomimo wielu napięć wynikających z reformacji da się wskazać szereg elementów łączących ich z tym nurtem. Zob. np. Decock/Birr (2016) 14-16, 29-30, 53-56.

³⁶² Zob. np. fundamentalne studium na temat wpływu drugiej scholastyki na prawo prywatne: Grossi (1972).

³⁶³ Zob. np. Decock (2009) 431-435.

³⁶⁴ Zob. np. Nanz (1985) 139-149; Gordley (1991) 69-111; Birocchi (1997) 203-269; Połdnikov (2016b) 57-58.

opracowań Wima Decocka)³⁶⁵. Na podstawie ich oddziaływania na całokształt drugiej scholastyki można zatem uznać je za reprezentatywne.

2.3.2. Wybrani autorzy drugiej scholastyki

2.3.2.1. Fortún García de Ercilla y Arteaga

Pogłębione studium prawa umów przedstawił w początkach XVI w. Fortún García de Ercilla y Arteaga (Fortunius García, 1494-1534)³⁶⁶ w swoim komentarzu do tytułu *De pactis Digestów*. Wystarczy jednak sięgnąć do dodatku do jego komentarza, czyli do *repetitio*, która została poświęcona pierwszemu kanonowi z analogicznego tytułu *Liber Extra*, a więc *c. Antigonus*. Tam bowiem García opisał istotne wątki doktrynalne związane ze stanowiskiem prawa kanonicznego wobec umów. W jego komentarzu łatwo można odnaleźć wszystkie argumenty rozwijane przez średniowiecznych kanonistów, jak również echa średniowiecznych dyskusji między kanonistami. García wyłożył przy tym własne poglądy na interpretację *c. Antigonus*, które nie zawsze były zgodne ze zdaniem dawnych uczonych.

Pierwsze punkty jego opracowania świadczą o tym, że bardzo dobrze znał on wykładnię *c. Antigonus* i łączył z nim nakaz przestrzegania umów połączony z groźbą sankcji kościelnej w przypadku złamania umowy. Wywodząc nakaz przestrzegania umów z prawa naturalnego jasno wskazał on, że chrześcijanin, który naruszał godziwe porozumienie grzeszył przeciw aż trzem prawom: prawu naturalnemu, prawu narodów oraz prawu kanonicznemu³⁶⁷. Fundamentem tej interpretacji był oczywiście teologiczny nakaz przestrzegania danego słowa: prawo kanoniczne zawsze winno odpowiadać woli Bożej, a ta zgodnie z *c. Iuramenti* była jednoznaczna w sprawie związania obietnicą³⁶⁸. Wspomniał on także o znaczeniu celu prawa kanonicznego dla prawa umów: uniknięcie grzechu nie powinno doznawać przeszkód przez uzgodnienie prawa kanonicznego z prawem cywilnym w tym

³⁶⁵ Decock (2013). Zob. także Duve (2009).

³⁶⁶ Schulte (1880) 715; van Hove (1945) 510, Decock (2013) 158-159; BBG Fortunius Garcia.

³⁶⁷ García (1592) num. 6-7, 971-972: „Ex his etiam inferas, quod quilibet Christianus non observans licitam conventionem, saltem contra tria iura dicitur peccare, primum contra ius naturale, quod versatur in pactis et conventionibus observandis (...) secundum, contra ius gentium et naturale, quo maioribus et iuri canonico obedire tenemur (...) et quia divino iure si quis non obedierit principi, morte mori praecipitur, ut legitur libro Regum, quod ius divinum est naturale (...). Tertium contra idem ius canonicum, quod pacta observare praecipit”.

³⁶⁸ García (1592) num. 19-20, 982: „Quarto facit ratio, quam ego intensius caeteris declaro, et considero, quod in iure canonico divinae obsequitur voluntati, quia cum summus pontifex legislator, vices Christi gerat (...) eius exemplo media iustitia omnia disponit (...). Hinc vulgo dicitur, omnem Christi actionem nostram instructionem fore: et hoc constat (...) ibi: ut nostrum prodeat a vultu Dei iudicium, etc. unde sit, quod ius canonicum semper assistit iuri et voluntati divinae”.

zakresie³⁶⁹. Warto dodać, że zagadnienie celu prawa znalazło się szczególnie w spektrum zainteresowań Garcíi, który poświęcił mu osobny traktat, w którym także wspominał o wiążącej mocy umów ze względu na uniknięcie grzechu³⁷⁰. Z kolei w ramach przedstawiania partykularnych opinii w swoim *Repetitio* García wyłożył także praktyczne znaczenie troski o pokój i jej relacji do umów oraz dostępnych w prawie kanonicznym środków ich zaskarżania³⁷¹. W swojej *repetitio* Fortunius szeroko odwoływał się do opinii kanonistów, rejestrował różnice w ich poglądach i konfrontował je ze sobą, a także często sięgał do stosownych tekstów źródłowych, zwłaszcza z *Dekretalów*. Widać więc, że w początkowym okresie istnienia tego nowego nurtu dorobek średniowiecznej kanonistyki był bardzo dobrze znany i stanowił punkt wyjścia dla dalszych refleksji teologów moralnych, choć trzeba podkreślić, że w tym przypadku wynikało to z charakteru samego dzieła, które było w całości poświęcone wyjaśnieniu tytułu *De pactis z Liber extra*. Charakterystyczne dla Fortuniusa było zebranie obszernego dorobku doktryny i przedstawienie go w klarowny sposób, aczkolwiek jego podejście do tego zagadnienia, tj. prezentacja kwestii zaskarżalności umów *in extenso* nie było co do zasady powtarzane przez późniejszych autorów.

2.3.2.2. Diego de Covarrubias y Leyva

Nieco inaczej rzecz miała się już w dziele z połowy XVI w. autorstwa innego hiszpańskiego teologa i prawnika, Diego de Covarrubiasa y Leyva (Covarrubias, 1512-1577)³⁷², „hiszpańskiego Bartolusa”, który zresztą niejednokrotnie polemizował z poglądami Garcíi³⁷³. Można wprawdzie znaleźć w jego traktacie odniesienia do zagadnienia grzechu jako niebezpieczeństwa zagrażającego osobie nieprzestrzegającej prawa kanonicznego w kwestii umów gołych, ale zdaje się, że nie było w jego *Relectio* szerszego odniesienia do właściwego

³⁶⁹ García (1592) num. 42, 996: „Prima ratio, quia sit secundum finem iuris canonici, qui est evitandi peccatum, quod eodem modo versatur in pactis nudis non observandis, prout in vestitis: talis ergo finis non debet impediri, ex inconvenienti correctionis”.

³⁷⁰ García (1585) num. 164, 121: „sed cum iustitia pacti observandum sit utilis, et tendat ad foelicitatem humanam (...) et ius Canonicum ad evitandum peccatum praecipiat pacta observari, ut omnes fatentur, in c.1 [X 1.35.1] sequitur ab omnibus, et in quocunque foro servanda”. Zob. Decock (2013) 98, 159-160.

³⁷¹ García (1592) num. 14, 976: „Quinto adde pulchram considerationem, nam tex. noster dicit pacem et pacta esse servanda. Utrunque ergo sub eadem ratione concludit: imo maior ratio videtur in pace, quam in alia conventionione. Videmus tamen, quod observatio pacis sit per viam denunciationis, et officio iudicis: *ut in c. novit de iudiciis* [X 2.1.13]: ergo eodem modo observatio aliarum conventionum. Nam id, quod dicitur pacem esse servandam, declaratur per *c. novit*, scilicet per viam denuntiationis, ergo declaratur tex. noster, qui dicit pacta et pacem esse servandam: Imo cum (ut dixi) in pace videatur maius observationis vinculum, si in pacto pacis ordinaria competeret actio, non subveniretur officio iudicis, et per viam denuntiationis”.

³⁷² Schulte (1880) 721-722; Alvarado (2004); Decock (2013) 41-42; BBG Didacus Covarrubias Toletanus.

³⁷³ Zob. np. Decock (2013) 98-99, 114-115, 622-623.

teologicznego uzasadnienia takiego stanowiska. Jak u większości autorów tego okresu istotnym punktem jego rozważań było zagadnienie stosunku jednego prawa do drugiego i ustalenie, które z nich wymaga przestrzegania³⁷⁴. Covarrubias wyjaśniając kanonistyczne podejście do problematyki umów gołych podkreślił wagę komentarza Fortuniusa, który skutecznie wystąpił przeciw różnym błędnym opiniom uczonych³⁷⁵. Sam Covarrubias przedstawił w swoim komentarzu rozważania na temat tego, dlaczego umowy gołe, które jednak posiadały kauzę, były chronione skargą w porządku kanonicznym, ale nie podał on argumentów, które do tego stanowiska go doprowadziły³⁷⁶. Z wyjątkiem jednego, mianowicie opartego na autorytecie: tak źródeł prawa kanonicznego (z c. *Antigonus* na czele), jak i rozlicznych opinii uczonych, które były podstawą jego kompilacyjnego wywodu. Covarrubias występował w swoim traktacie także przeciw różnym opiniom innych autorów, z którymi się nie zgadzał, np. co do zaskarżalności umów gołych na forum cywilnym³⁷⁷. W przypadku zatem jego komentarza widać więc, że argumentacja średniowieczna znalazła się zdecydowanie na dalszym planie rozważań: w pewnym sensie Covarrubias ją zakładał, ale nie skłoniło go to do jej wyjaśnienia czy szerszego przedstawienia.

2.3.2.3. Martín de Azpilcueta

Inny gatunek literatury teologicznej wypada wziąć pod uwagę szukając odpowiedzi na kwestię obecności analizowanego wątku w pismach Martína de Azpilcuety (1492-1586)³⁷⁸, mianowicie jego poradnik dla spowiedników i penitentów. W tym popularnym podówczas zbiorze wskazań dotyczących sakramentu pokuty i pojednania w ramach szczegółowej analizy ósmego przykazania słynny Doktor Navarrus dał wyraz znajomości kanonistycznej kwestii nurtującej prawników średniowiecznych. Azpilcueta wskazał, że grzeszył śmiertelnie ten, kto przez obietnicę zobowiązał się do czegoś i potem tego nie wypełnił; stąd, kluczowe dla jego wyjaśnień było określenie, jaki rodzaj obietnicy mógł prowadzić do takich skutków

³⁷⁴ Covarrubias (1553) pars 2, § 4, num. 13, fol. 96rb: „Quidam autem adversus communem opinantur, etiam iure civili ex pacto nudo obligationem civili nasci, et actionem competere: ideoque probare conantur: primo, quia in materia peccati adhuc in foro civili standum est iuri Pontificio, quo datur ex pacto nudo actio, non civili (...) at in observandis pactis nudis agitur de peccati mortali, quod committitur ab eo, qui pactum nudum violat: glossa communiter recepta in dict. cap.1 de pact. [gl. ad X 1.35.1] (...)”.

³⁷⁵ Covarrubias (1553) pars 2, § 4, num. 14, fol. 97va.

³⁷⁶ Covarrubias (1553) pars 2, § 4, num. 14, fol. 97va: „(...) nempe, pactum nudum iure Canonico actionem producere, si causam expressam habeat: alioqui pactum nudum a causa etiam iure Pontificio actionem minime producit”.

³⁷⁷ Zob. np. Covarrubias (1553): pars 2, § 4, num. 13, fol. 96vb-97ra: „Unde manifeste errare videtur Andre. Alciat. (...) dum scribit, ex pacto nudo iure etiam civili actionem oriri in his casibus, quibus eiusdem pacti violatio mortalem culpam habet”. Zob. Decock (2013) 116-119.

³⁷⁸ Lavenia (2003); Tejero (2004b); Decock (2013) 40-41.

moralnych³⁷⁹. Doktor Navarrus wyraźnie uznał, że także goła obietnica godziwa była wiążąca według prawa kanonicznego i prawa naturalnego³⁸⁰. Na marginesie swoich rozważań podał on także istotne dla tego zagadnienia źródła doktryny moralnej, czyli zwłaszcza c. *Antigonus* i c. *Iuramenti*. Nie było jego celem w tym dziele dogłębne studium zagadnień teoretycznych, bowiem był to praktyczny poradnik. Mimo wszystko jednak widać, że znana była mu średniowieczna doktryna kanonistów, a zwłaszcza jej teologiczne zakorzenienie.

2.3.2.4. Luis de Molina

Warto zwrócić także uwagę na dwa traktaty zatytułowane *De iustitia et iure*³⁸¹ powstałe na początku XVII w. W pierwszym z nich hiszpański jezuita Luis de Molina (1535-1600)³⁸² jednoznacznie potwierdził dominujący wśród kanonistów pogląd, że z gołej umowy rodziło się zobowiązanie naturalne, wiążące w sumieniu pod rygorem grzechu śmiertelnego³⁸³. Przedstawił on także pogląd mniejszej grupy autorów, tj. tych, którzy podążali za Innocentym w ocenie możliwości zaskarzania umów gołych. Molina zaznaczył, że oparł się w tym punkcie na wywodach Panormitanusa oraz Covarrubiasa, którzy szerzej wyjaśnili pogląd opierający się na twierdzeniu, że z gołej umowy nie było skargi ani w prawie cywilnym, ani w kanonicznym, a jedynie sędzia mógł stronę przymusić do spełnienia tego, co zostało obiecanie. W tym punkcie powołał się Molina także na c. *Intelleximus* wskazując, że według tych mniejszościowych autorów był to przykład braku odpowiedniej ustawy w prawie kanonicznym, a zatem należało w tym aspekcie podążać za prawem świeckim³⁸⁴. Po

³⁷⁹ Azpilcueta (1607) cap. 18, num. 5-6, 561: „Peccat promissionem obligantem ad mortale non adimplens modo quo debet: est enim species mendacii notabiliter perniciosi eiusmodi fidem et promissionem non implere. Atqui promissio, obligans ad mortale est omnis vera, deliberata, et voluntaria, etiam nuda, rei licitae, possibilis, et notabilis, quam mutatio rerum status non enervavit. Dixi (*Omnis*) ut non solum comprehendam promissionem factam Deo, quod genus est votum, sed etiam homini quamvis hosti, nec solum expressam, sed etiam tacitam. Dixi (*Vera*) ad excludendam fictam, quae sit animo non obligandi, ut sentit Tho. Quamvis peccet simulando animum, se obligandi, quem non habet, etiam mortaliter, si alicui notabiliter noceat, vel intendat nocere”.

³⁸⁰ Azpilcueta (1607) cap. 18, num. 7, 562: „Dixi [*Nuda*] quia iure naturali et canonico illa etiam obligat. Dixi [*rei licitae*] quia illicitae non obligat”.

³⁸¹ Decock (2016).

³⁸² Schulte (1880) 731; Galán (2004); Decock (2013) 65.

³⁸³ Molina (1602) tract. 2, disp. 257, col. 18: „Doctores communiter (...) consentiunt, ex pacto nudo naturalem oriri obligationem, qua paciscentes in conscientiae foro tenentur illis stare, etiam sub culpa lethali, si id, ad quod ex tali pacto astringuntur, tanti referat, ut ad culpam sufficiat lethalem”.

³⁸⁴ Molina (1602) tract. 2, disp. 256, col. 17: „De iure vero Canonico Innocen. et alii, quos Panorm. loco citato et Covar. loco etiam citato n.3 referunt, asseruerunt, ex pacto nudo iuramento confirmato non concedi actionem, sed solum Ecclesiasticum iudicem ex officio suo, ratione peccati, in quo is perseverat, qui servare non vult pactum nudum iuramento confirmatum, quo se astrinxit, posse illum compellere, ut pactum impleat. Ducuntur hi autores, quoniam de iure civili ex tali pacto iuramento confirmato nec oritur civilis obligatio, nec datur actio: ergo neque de iure canonico: si quidem nullus est textus, in quo id sit mutatum; et ubi non est peculiaris constitutio iuris canonici, standum sit iuri civili, ut patet c. 1 de novi operis nuntiat. [X 5.32.1]”.

przedstawieniu tych poglądów mniejszościowych hiszpański jezuita podkreślił, że według *communis sententia doctorum* w prawie kanonicznym na podstawie samej gołej umowy przyznawano skargę. Oczywiście podstawą dla tego twierdzenia był c. *Antigonus*, na co zwrócili uwagę zwłaszcza Panormitanus, Felinus Sandeus, Antonio Gómez i Covarrubias. Według Moliny zatem faktycznie działało się tak, że skoro z gołej umowy rodziło się zobowiązanie naturalne i na forum wewnętrznym było ono wiążące, to mając na uwadze zbawienie i dobro dusz dopuszczono w prawie kanonicznym skargę na podstawie umowy gołej, która posiadała wyraźną kauzę³⁸⁵. Można również znaleźć w jego dziele – podobnie jak u innych autorów tego okresu – wzmiankę o tym, że podobną ochroną prawną cieszyły się gołe umowy w Królestwie Kastylii³⁸⁶. Molina krótko, ale rzetelnie streścił poglądy doktryny i przywołał istotne argumenty, na których kanoniści ufundowali swoją doktrynę: wydaje się, że już w jego traktacie widać, że zagadnienie zaskarżalności umów gołych nie miało istotnego znaczenia dla toku prowadzonych rozważań dogmatycznych, które skupiały się na innych kwestiach.

2.3.2.5. Leonardus Lessius

Odwołanie do sądu sumienia było także istotnym elementem omówienia obietnic w *De iustitia et iure* flamandzkiego jezuitę, Leonardusa Lessiusa (1554-1623)³⁸⁷. Lessius uważał, że każdy kontrakt, nawet goły, uczyniony dobrowolnie i swobodnie rodził zobowiązanie na forum sumienia. Wskazywały na to dwa dowody. Po pierwsze, związany był ten, kto obiecał po przyjęciu obietnicy, a nie miało znaczenia w tym względzie rozróżnienie na umowy gołe i ubrane, ponieważ zostało zniesione przez prawo natury i prawo narodów (co miało charakter odniesienia systemowego w ramach ówczesnej argumentacji). Miało ono znaczenie tylko w prawie cywilnym, to jest na forum zewnętrznym. Po wtóre, do bycia zobowiązanym wystarczał zamiar wyrażony słowami i przyjęty przez drugą stronę³⁸⁸. Tak

³⁸⁵ Molina (1602) tract. 2, disp. 257, col. 19: „Quod ad secundum eorum, quae proposita sunt, attinet, communis sententia doctorum est, ex pacto nudo iure canonico concedi actionem, iuxta c.1 de pactis [X 1.35.1]. Ita affirmant glos. Panorm. Felinus, et alii ibidem (...). Cum enim ex pacto nudo naturalis obligatio oriatur, hominesque in conscientiae foro nudis pactis, ut ostensum est, stare teneantur, utique ratio, animarumque salus ac bonum postulabant, ut canonico iure ex pacto nudo actio concederetur, quod et factum est. (...) Observant etiam Felinus (...), Panorm. (...), Covar. (...), et doctores communiter, ut iure canonico ex pacto nudo actio concedatur, qua paciscens cogatur implere pactum, necessarium esse causae expressionem: alioquin reus non cogetur solvere, nisi actor causam sufficienter probet”.

³⁸⁶ Molina (1602) tract. 2, disp. 257, col. 22. Zob. Decock (2013) 161.

³⁸⁷ Decock (2013) 17-18, 61-65.

³⁸⁸ Lessius (1618) lib. 2, cap. 17, dub. 4, num. 19, 197: „Dico Primo, Omnis contractus, etiam nudus, sponte libereque factus, si contrahentes sint habiles, parit obligationem naturalem, seu in foro conscientiae, ita ut parte invita non possis rescindere; nisi Iure positivo sit irritus, vel detur irritandi potestas, est communis sententia

ogólne sformułowanie dotyczące kontraktu obejmowało zarówno czynności kreujące korzyści jak i obciążenia, co było użyteczną innowacją z punktu widzenia *ius civile*. Argumentował on także, że prawo kanoniczne ustanowione dla zbawienia dusz uwzględniało i nakazywało wypełniać zobowiązania sumienia, a do takich niewątpliwie należał obowiązek wypełniania obietnic i kontraktów. Lessius oparł się w swoim wywodzie na Covarrubiasie i domnikanie Silvestro Mazzolini a Prierio i przywołał c. *Antigonus*. Podkreślił przy tym, że jest to pogląd podzielany przez wszystkich doktorów³⁸⁹. Tak jak u wielu innych autorów, również u Lessiusa kwestia mocy zobowiązującej wszystkich umów ściśle powiązana była z wymogiem istnienia kauzy oraz takimi cechami złożonej obietnicy jak powaga i swoboda³⁹⁰.

Widać więc, że Lessius jeszcze krócej streścił istotę doktryny kanonistycznej, podkreślając, że stanowisko przezeń powtórzone jest oczywiste. Wspomniał opinię doktorów i pierwszy kanon tytułu *De pactis* z *Liber Extra*, ale w tym w zasadzie zamknął swoje rozważania. Z upływem czasu naturalnie ograniczone zostały szersze odwołania do coraz starszej już i powszechnie uznanej doktryny, to inne elementy prawa umów zajmowały teologów w ich rozważaniach. Warto podkreślić, że autorzy obu traktatów *De iustitia et iure* wywarli istotny wpływ na *ius civile*, do tego stopnia, że można uznać, iż to jezuitom przypada palma pierwszeństwa w zagwarantowaniu swobody umów (*libertas contractuum*)³⁹¹.

2.3.2.6. Paul Laymann

Na pytanie o to, czy z gołej umowy rodzi się skarga, odpowiedział także niewiele później austriacki jezuita, Paul Laymann (1574-1635)³⁹². Wskazał on na wymóg istnienia

Doctorum (...). Probatur Primo, Quia Iure tenetur quisque praestare quod promisit, altero acceptante; sive promiserit titulo gratuito, sive oneroso. Nec refert an pacto nudo an vestito promiserit: quia Iure naturae et gentium, nulla est inter haec distinctio; sed solo Iure civili: quae etiam solum forum externum respicit. Secundo, Quia ad obligandum sese, sufficit animus verbis expressus, et acceptatus, ut communiter docent Theologi”.

³⁸⁹ Lessius (1618) lib. 2, cap. 17, dub. 4, num. 22-23, 198: „Verum, hoc non est licitum in foro conscientiae, quia utraque pars tenetur servare promissum, et exolvere fidem altera volente et perstante: unde in foro ecclesiastico, et ubi Iure Canonico utuntur in tribunalibus, coguntur stare contractu, et implere promissum, ut docet Covarrubias (...), et Silvester (...), et patet ex cap.1 de pactis [X 1.35.1], ubi id passim notant Doctores. Ratio est, quia Ius Canonicum, cum sit conditum ad salutem animarum, respicit obligationem conscientiae, eamque iubet impleri; nisi forte praesumat errorem vel fraudem, quam ob causam non concedit actionem ad exigendum promissum, nisi exprimat causa cur sit promissum. Silvester supra, alioquin non praesumit serio et libere promissum”.

³⁹⁰ Decock (2013) 151-153.

³⁹¹ Zob. Decock (2009). Wydaje się, że Decock ten termin połączył zwłaszcza z Lessiusem, przypisując mu jego sformułowanie – Decock (2009) 425, przyp. 9. Pojawiło się ono u Lessiusa (Lessius (1618) lib. 2, cap. 17, dub. 4, num. 43, 203), ale warto w tym kontekście wskazać także traktat o kontraktach innego jezuitę, Włocha – Paolo Comitoliiego (1545-1626), który niewiele później niż Lessius *libertas contractuum* nie tylko wzmiankował, ale uznał ją za jeden z atrybutów kontraktu i szeroko omówił – Comitoli (1615) pars 2, cap. 4, 59-62.

³⁹² Schulte (1880) 133-135; van Hove (1945) 537; 567; Decock (2013) 192.

wyraźnej przyczyny dla takiej umowy, co nie było propozycją nową, bowiem kanoniści wcześniej opracowali koncepcję *causa* dla ograniczenia zbyt daleko idącej zaskarżalności umów gołych³⁹³. Według niego można było ten wymóg uzasadnić analogią do prawa rzymskiego: tak jak w prawie rzymskim zaskarżyć można było stypulację, która miała przyczynę, tak w prawie kanonicznym można było zaskarżyć każdą umowę, dla której znalazło się kauzę. Poza przyznaniem skargi w prawie kanonicznym Laymann zwrócił uwagę na to, że w celu zachowania umowy można było także skorzystać z *denuntiatio canonica*, której celem było usunięcie grzechu³⁹⁴. Dodał on także, że obietnica uczyniona na rzecz Kościoła, bo ta szczególnie go interesowała, cieszyła się domniemaniem istnienia wystarczającej przyczyny, tj. przyczyny pobożnej albo religijnej. Stąd taka obietnica winna być honorowana także na forum cywilnym, gdyż w sprawach pobożnych należało kierować się wymogami prawa kanonicznego, a nie subtelnosciami prawa cywilnego³⁹⁵. W zakresie prawa cywilnego Laymann wskazał na doktrynę *vestimenta pactorum*, zaś co do prawa kanonicznego uznał zaskarżalność umów gołych. Laymann nie zajmował się zatem szczegółowym roztrząsaniem subtelnosci tego zagadnienia, ale prosto wyjaśnił na czym opierała się doktryna o wiążącej mocy umów, pobieżnie odwołując się także do kanonistycznej argumentacji.

2.3.2.7. Pedro de Oñate

Na koniec można wskazać wielki traktat *De contractibus in genere* z połowy XVII w. autorstwa Pedro de Oñate (1568-1646)³⁹⁶. Jednoznacznie wykazał on w swoim dziele, że w

³⁹³ Zob. np. Decock (2013) 138.

³⁹⁴ Laymann (1748) lib. 3, tract. 4, cap. 2, num. 2-3, 486: „RESTAT QUAESTIO. Utrum ex nudo pacto actio oriatur spectato iure canonico? secundum quod procedi solet in terris Ecclesiae Romanae subiectis: item in toto Christiano orbe, quod attinet ad causas, quae vel ratione materiae, vel personarum, ad Ecclesiasticum tribunal pertinet. Responderi debet cum Abb. (...), Sylv. (...), Covar. (...), Less. (...), Molin. (...). In canonico foro actionem tribui ex nudo pacto, si initum est cum expressione causae; secus, si nulla causa expressa sit, neque ab actore ostendi possit. Explico: (...). Nam neque civili iure ex stipulatu actio conceditur contra promissorem, nisi constet, vel probata fuerit causa promissionis (...). Ius autem canonicum ita tribuit actionem ex pacto nudo, sicut ius civile ex stipulatu: eo quod in canonico foro non attendatur ad verborum solemnitatem, sed rei, de qua agitur, veritatem, ac contrahentium voluntatem. His addendum est primo; Licet actio quae ex nudo pacto secundum ius canonicum datur, tantum locum habeat in causis, quae vel ratione personarum, vel ratione materiae ad Ecclesiae tribunal spectant; tamen in quibuscunque pactis obligantibus in conscientia locum habere potest denuntiatio canonica, ut ad tollendum peccatum, Ecclesiae Praelatus cogat promittentem promissis stare (...).”

³⁹⁵ Laymann (1748) lib. 3, tract. 4, cap. 2, num. 3, 486: „Addendum secundo; Si quippiam Ecclesiae promissum sit, non opus esse expressione causae; quia sufficiens causa adesse praesumitur, videl. pietatis, ac Religionis: Imo etiam in civili foro iustitia administrari debet Ecclesiae promissionem sibi factam, si ea acceptata sit, exigenti: quandoquidem in causis piis secundum iuris canonici, ac naturalis praescriptum, et non secundum iuris civilis subtilitates iudicandum est, sicuti docent DD. (...).”

³⁹⁶ Schulte (1880) 739-740; Decock (2013) xvii, 67-68. O znaczeniu jego doktryny zob. zwłaszcza Birocchi (1997) 271-297.

prawie kanonicznym z gołej umowy powstawał nie tylko zarzut i zobowiązanie naturalne, ale także skarga cywilna i zobowiązanie. Wprawdzie stanowisko to było sprzeczne z tym znanym prawu powszechnemu, ale skłaniały do niego opinia bardzo wielu doktorów, których skrupulatnie wyliczył, oraz teksty źródłowe zawarte w *Dekretalach*: również on podkreślił odmienną *ius civile* i prawa kanonicznego³⁹⁷. Po przedstawieniu wykładu o umowach w świetle prawa cywilnego, Oñate w podniosły sposób wyłożył podstawowe kwestie związane z zaskarżalnością wszystkich umów w sekcji o tytule *pacta omnia sancte esse servanda*. Zachowanie wszystkich umów uznał on bowiem za jedną z pierwszych i największych zasad prawa i filozofii moralnej, a na jej potwierdzenie zebrał szeroką paletę argumentów. Oñate przedstawił, w jaki sposób zasada ta znalazła swój wyraz w różnych rodzajach prawa: w prawie Bożym i naturalnym, i pozytywnym, w prawie kanonicznym, w prawie cywilnym i w prawach narodowych, oraz szczegółowo wyjaśnił, w jaki sposób zasada ta była w ramach poszczególnych systemów prawa respektowana³⁹⁸. Hiszpan przytoczył wiele tekstów źródłowych na poparcie przedstawianej tezy, poczynając od Pisma Świętego, przez prawo rzymskie i kanoniczne, na prawach lokalnych kończąc. Szósty dowód przezeń podany to zgodna opinia uczonych, których przywołał wielu, zaczynając aż od Arystotelesa. Pokazał także, jakie konsekwencje wynikały z poszerzenia zastosowania tej zasady oraz wskazał istniejące od niej wyjątki³⁹⁹. Wszystko to uczynił w uporządkowanym i logicznym wywodzie, zatem można uznać, że cała omawiana sekcja jego traktatu *De contractibus* stanowi świadectwo bardzo dobrej znajomości argumentacji średniowiecznej i jej licznych subtelności oraz uznanie ich za relewantne przez Oñate.

³⁹⁷ Oñate (1647) tract. 5, disp. 16, sectio 4, num. 65-66, 503-504: „Quinta conclusio, de iure Canonico ex pacto nudo, non solum nascitur obligatio naturalis, et civilis exceptio, sed etiam civilis actio, et obligatio. Haec conclusio, quia contradicit iuri communi magna firmitate stabilitur a Doctoribus. Qui tenent eam, *in c.1 extra de pact. ibi* [X 1.35.1] *ibi universi dixerunt pacta custodiantur, et c. qualiter de pact. ibi* [Studiose agendum est, ut ea, quae promittuntur, opere compleantur] [X 1.35.3]. DD. (...). Ratio vero est; quia melius iudicavit ius Canonicum pacta omnino servari, etiam illis iuris adminiculis non vallata, ut infra pluribus explicabo”.

³⁹⁸ Oñate (1647) tract. 5, disp. 16, sectio 8, num. 125-127, 517: „In re certissima, et apertissima nihil praefari necesse est; sed ab ipsa conclusione incipiendo sit. Prima conclusio, stabilienda tamquam regula generalis; pacta omnia sancte et inviolabiliter esse servanda. Haec conclusio est unum ex primis, et maximis principiis iuris, et Philosophiae moralis, et est omni iure inconcussa sancita, divino naturali, et positivo, canonico, civili, et nostri regni, ut ostendent sequentia. Primo enim iure naturali pacta inviolabiliter servanda sunt: ratione ipsa naturali clamante: nam primo fidelitas, et veracitas exigit, ne quem decipias, et fallas promissa frangendo. Secundo ne violetur iustitia commutativa, quae iubet ius suum unicuique tribui (...) sed in contractibus et pactis ius iustitiae praecedat, scilicet obligatio, quae est ius obligans ex iustitia commutativa: ergo si pactum non servatur, iustitia commutativa apertissime laeditur”.

³⁹⁹ Tytułem przykładu rozszerzającego tę zasadę można wskazać nakaz przestrzegania umów nie tylko wobec przyjaciół, ale i wrogów: Oñate (1647) tract. 5, disp. 16, sectio 8, num. 136, 519: „Tertio amplia; ut pacta servanda sint non solum amicis, et concivibus, sed etiam inimicis, et hostibus (...) et *ibi communiter notant DD. Qua re ille eleganter nostro idiomate; Y es derecho comun, y ley expresa: guardar al enemigo la promessa*”. Rzeczone powiedzenie to zapewne cytata z *La Araucany*, XVI-wiecznego eposu: de Ercilla y Zúñiga (1828) 71.

Warto także zwrócić uwagę na to, że kwestia skuteczności wszystkich umów została poruszona przez Oñate także w początkowych fragmentach jego traktatu przy omówieniu podziału na umowy gołe i ubrane. Po omówieniu subtelnosci tego podziału i stanowiska prawa cywilnego, Oñate podsumował swoje rozważania uznając, że prawa naturalne, kanoniczne i hiszpańskie zostały uzgodnione, a różne trudności i spory między nimi zostały usunięte dzięki osiągniętemu konsensowi i jasności praw. Dzięki temu została przywrócona wolność kontraktującym, którzy kiedykolwiek i jakkolwiek by chcieli zawrzeć kontrakt i się zobowiązać, mogli to uczynić skutecznie na obu forach, gdzie zostanie uznany uroczyste i nienaruszenie wiążący charakter ich porozumienia. Prawo kanoniczne i prawo hiszpańskie poprawiły zatem *ius commune* przyznając skargę i zobowiązanie cywilne każdej umowie gołej⁴⁰⁰. Wim Decock wybrał właśnie ten fragment traktatu Oñate spośród mnóstwa innych tekstów na otwarcie swojego opracowania o prawie kontraktowym drugiej scholastyki i podkreślił wynikające z niego trzy kwestie. Oñate wychwalał w nim zmianę prawa w kierunku uznania ogólnej zaskarżalności dobrowolnych porozumień, uważał uznanie tej zasady za zwycięstwo swobody kontraktujących stron oraz wyjaśnił, że poprawienie *ius commune* w tym kierunku dokonało się przez oddziaływanie prawa kanonicznego⁴⁰¹. Traktat *De contractibus in genere* był zatem przykładem uznania roli prawa kanonicznego dla ukształtowania ówczesnej doktryny umownej.

2.3.3. Wnioski

Wypada podkreślić, że tych kilku przedstawionych autorów to tylko wybór z bardzo szerokiej grupy teologów moralistów, którzy w swoich traktatach rozważali zagadnienie zaskarżalności gołych umów. Nie u wszystkich z nich jednak kwestia ta była roztrząsana. Przykładowo u równie znanych Juana de Medina (1490-1546) czy Domingo de Soto (1495-1560) zdaje się, że w ogóle nie został podjęty wątek zaskarżalności wszystkich umów⁴⁰². Mając na uwadze te dwa zastrzeżenia można jednak sformułować kilka ogólnych wniosków

⁴⁰⁰ Oñate (1647) tract. 1, disp. 2, sectio 5, num. 166, 40: „Unde lex naturalis, lex Canonica, et lex Hispaniae omnino consentiunt, et innumerae difficultates, fraudes, lites, iurgia hac tanta legum consensione, et claritate sublata sunt; et contrahentibus consultissime libertas restituta, ut quandocumque et quomodocumque de rebus suis voluerint contrahere, et se obligare, id ratum sit in utroque foro, in quo convenerint, et sancte, et inviolabiliter observetur. Quare Ius canonicum, et ius Hispaniae corrigunt ius commune, concedentes pactis nudis omnibus actionem, et obligationem civilem, quam illud negabat”.

⁴⁰¹ Decock (2013) 1-2. Taka zresztą była tytułowa teza pracy Decocka, iż druga scholastyka dokonała *moralnego przekształcenia ius commune* (zob. tytuł jego pracy: *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune*).

⁴⁰² Medina (1581); Soto (1569); de Soto podjął np. typową kwestię przysięgi, ale wydaje się, że nie w kontekście prawa umów: Soto (1569) lib. 8, q. 1, art. 7, fol. 258v-263v.

dotyczących recepcji średniowiecznej doktryny kanonistycznej w pismach drugiej scholastyki.

Przede wszystkim była ona generalnie obecna w piśmiennictwie teologów moralnych: w różnym stopniu odwoływali się oni do niej, ale można uznać, że po pierwsze ją znali, a po drugie uznawali za słuszną. Większość przywołanych źródeł sięgała do kluczowego c. *Antigonus*, wiele powoływało się także na c. *Qualiter* i c. *Iuramenti*. Moraliści szeroko korzystali z dorobku jurysprudencji i tej dawniejszej (jak Innocenty czy Hostiensis) często rejestrując w jej ramach rozbieżności, i tej bliższej piszącym (autorzy XV-wieczni i późniejsi), na której w szczególności kształtowali formę swoich wywodów. Prawie zawsze teologowie zwracali uwagę na wymóg istnienia kauzy dla ważności umowy, często podkreślali w kontekście zaskarżalności umów kwestię relacji między forum wewnętrznym a forum zewnętrznym. Czasami sięgali także do innych argumentów (zwłaszcza do prawa naturalnego czy praw lokalnych). Wszystko to jednak nie powstrzymywało ich także przed – nieraz szczegółowym – prezentowaniem stanowiska prawa cywilnego. Teologowie moralni różnili się także między sobą w wielu kwestiach szczegółowych, ale zgodnie uznawali wiążącą moc umów w prawie kanonicznym i na forum wewnętrznym.

Wydaje się więc, że można mówić w przypadku drugiej scholastyki o transferze idei kanonistycznej o zaskarżalności wszystkich umów: została ona recypowana i ujęta w formie, która odpowiadała potrzebom tego nurtu. Poprzez drugą scholastykę kanonistyka mogła potencjalnie oddziaływać na inne nurty jurysprudencji, skoro druga scholastyka wpłynęła na szkołę prawa natury (w szczególności na Grocjusza) oraz na *usus modernus*. Wydaje się, że moraliści uznawali za kluczowy dla prawa umów argument teologiczny, co świadczyło o tym, że nadal uzasadniali swobodę umów poprzez odesłanie do wartości, a nie poprzez dogmatykę. Choć na przykładzie ich pism widać formalizację kultury prawniczej, to jednak dla tych autorów kluczowe znaczenie miały teologiczne podstawy moralnej oceny umów.

2.4. HUMANIZM PRAWNICZY – ZASKARŻALNOŚĆ UMÓW ZGODNIE Z PRAWEM RZYMSKIM

2.4.1. Uwagi wprowadzające

Wiek XVI przyniósł wiele nowości w dyskursie prawniczym na starym kontynencie. Pośród nowych nurtów w refleksji prawnej znalazły się i takie, które nie podjęły kanonistycznego spojrzenia na kwestię związania danym słowem, ale pozostały wierne koncepcjom wyrosłym z prawa rzymskiego i rozwijanym przez glosatorów i konsyliatorów. Jednym z celów niektórych nurtów humanizmu prawniczego było odtworzenie idealnego

prawa rzymskiego, które zostało zniszczone przez kompilatorów justyniańskich oraz glosatorów i komentatorów – było to spojrzenie historyczne na rzymskie źródła odmienne od średniowiecznego, ale nie było ono krytyczne w sensie stosowanej metody⁴⁰³. Na humanizm prawniczy składały się różne nurty, a do tego poszczególni juryści mieli każdorazowo specyficzne podejście do prawoznawstwa. Warto przedstawić podejście wybranych autorów do kwestii zaskarżalności umów gołych, ponieważ pozwoli to w pełniejszym świetle ujrzyć zmianę jaka dokonała się za sprawą przedstawicieli innych nurtów, którzy często za punkt wyjścia swoich prac obierali odrzucenie poglądów humanistów. W przeciwieństwie bowiem do reprezentantów *usus modernus* prawnicy humanizmu prawniczego, którzy dokonali wielu odkryć w prawie prywatnym, akurat w przypadku zaskarżalności umów pozostali wierni tradycji romanistycznej⁴⁰⁴. Specyficzną cechą humanistów były niekiedy ich skomplikowane biografie, które często wiązały się z koniecznością imigracji ze względów wyznaniowych. Choć już tutaj do czynienia mamy z autorami, którzy nie byli katolikami (Cujas, Doneau), to w przypadku humanistów wydaje się, że nie odgrywało to tak istotnej roli w zakresie ich podejścia do prawa kanonicznego⁴⁰⁵.

Poniżej przedstawione zostanie spojrzenie czterech przedstawicieli francuskiego *mos gallicus* na dyskutowaną kwestię. Humanisci, a zwłaszcza Connan i Doneau, mieli swój wkład w rozwój ogólnej teorii kontraktu w oparciu o źródła rzymskie⁴⁰⁶, ale celem tego opracowania była weryfikacja, czy w swoich komentarzach odnosili się oni do dorobku średniowiecznej kanonistyki, nie zaś ogólna prezentacja ich dorobku. Pierwszy z humanistów (Connan) został wybrany ze względu na prekursorski charakter jego doktryny oraz to, że często był uznawany przez innych autorów za reprezentanta humanizmu prawniczego i to właśnie jego poglądy były zwalczane (np. przez Vinniusa czy Grocjusza); trzej pozostali autorzy (Cujas, Doneau, Favre) zostali wybrani ze względu na uznany w literaturze zakres ich oddziaływania na prawo prywatne.

⁴⁰³ Poldnikov (2016b) 57; o stosunku metody humanistów wobec jurysprudencji średniowiecznej na przykładzie Cujasa zob. np. Prévost (2015).

⁴⁰⁴ Ogólnie na temat humanizmu prawniczego zob. np. Maffei (1956); Kisch (1972) 17-64; Troje (1970a) 519-555; Troje (1970b); Wojciechowski (2004b).

⁴⁰⁵ Zob. Wojciechowski (2004b) 93. Choć wyznanie humanistów nie pozostawało bez wpływu na szeroko rozumianą naukę prawa w Europie: Berman (2003) 129-130.

⁴⁰⁶ Poldnikov (2016b) 57.

2.4.2. Wybrani autorzy humanizmu prawniczego

2.4.2.1. François Connan

François Connan (Franciscus Connanus, 1508-1551)⁴⁰⁷, jako jeden z najwcześniejszych autorów humanizmu prawniczego, miał istotny wpływ na rozwój doktryny umów w ramach tego nurtu⁴⁰⁸. Connan zaproponował by jako nadrzędne pojęcie w ramach prawa zobowiązań obrać *synallagmata* i wokół niego zbudował swoją doktrynę. W związku z tym uznał, że ogólnie umowy można swobodnie porzucać jeśli pozbawione były właśnie *synallagma*⁴⁰⁹. Utrzymując znaczenie swojego *Oberbegriff* argumentował on na rzecz tradycyjnego podejścia do braku skarg dla gołych umów, wykazując przy tym humanistyczne intencje pedagogiczne, tj. starał się wyjaśnić różne zagadnienia dla zbudowania swoich czytelników⁴¹⁰. Nie zostało więc w tym zakresie przyjęte u niego rozwiązanie, które proponowała doktryna prawa kanonicznego, choć szczegółowo przedstawił on subtelnosci prawa rzymskiego, razem z ich średniowiecznymi interpretacjami oraz odniesieniami do literatury klasycznej. Pozostał jednak przy stanowisku, że gołe umowy nie miały mocy wiążącej⁴¹¹.

O prawie kanonicznym wspomniał Connan zastanawiając się nad kwestią przedstawiania umów przed sąd polubowny. Przy analizowaniu tej szczegółowej kwestii humanista zauważył, że gdyby powstał problem skutecznego dochodzenia spełnienia obietnicy dłużnika, mogłoby okazać się pomocne prawo papieskie. W prawie papieskim bowiem gołe umowy dawały zobowiązanie, które mogło być dochodzone w różny sposób: czy to skargą cywilną, czy przez autorytet księcia, czy też przez doniesienie ewangeliczne. W ten sposób prawo kanoniczne dawało narzędzia do przymuszenia dłużnika do spełnienia obietnicy. Potwierdzeniem takiej doktryny kanonicznej był dla Connana c. *Antigonus*, który odniósł on następnie do pretorskiej obietnicy strzeżenia umów; według niego chodziło w tych przypadkach tylko o umowy, które miały określoną treść, czyli albo były one *synallagma*, albo zawierały się w kontraktach. Wyjaśniając dalej znaczenie słów kończących powołany kanon, autor zauważył, że podobnie należało rozumieć rozstrzygnięcie synodalne o

⁴⁰⁷ Puerto (2004).

⁴⁰⁸ Nanz (1985) 66.

⁴⁰⁹ Connan (1609) lib. 5, cap. 1, num. 5, 398: „Pactiones autem quaecunque non habebant συνάλλαγμα, quia si non impletentur, nihil fraudis afferre videbantur ei, cui factae erant, non afferebant promittenti necessitatem, sed liberum erat ab illis resilire”. Zob. Nanz (1985) 67. Connan zbudował swoją koncepcję na rzymskich źródłach, ale wydaje się, że jego rozumienie *synallagma* odbiegało od rzymskiego. O *synallagma* w prawie rzymskim zob. Golecki (2008).

⁴¹⁰ Nanz (1985) 68.

⁴¹¹ Dieselhorst (1959) 31-34. Szerzej o doktrynie Connana zob. Birocchi (1997) 97-136.

zachowywaniu umów: były one zachowywane dzięki przepisom prawa i ustaw. Przywołał także przykład praktyki kupieckiej, która również uznawała skuteczność wszystkich umów, ponieważ spory między kupcami były osądzone na podstawie tego, co dobre i słuszne, a nie odpowiadało bardziej słuszności naturalnej niż zachowanie danego słowa. Dalej Connan przeszedł do rozważań dotyczących zobowiązania naturalnego, wynikającego z zaufania, wiążącego się z każdym porozumieniem⁴¹². W omawianym fragmencie widać, że była mu znana doktryna kanonistów oraz teksty źródłowe, na której została ona oparta. Connan ograniczył się jednak do odwołania do niej jako pewnej istniejącej możliwości, a dalej zinterpretował kanon *Antigonus* w sposób odmienny od kanonistów, pokazując, że to tylko jeden z przykładów podkreślania znaczenia zaufania przy zawieraniu umów, podobny w istocie do deklaracji pretora. Connan różnicował więc podejście do umów gołych – sam co do zasady je odrzucał, ale pokazał przykłady porządków (prawo kanoniczne, prawo kupieckie), które uznawały skuteczność wszystkich umów.

2.4.2.2. Jacques Cujas

Jacques Cujas (Jacobus Cuiacius, 1522-1590)⁴¹³ także był przeciwnikiem cywilnej zaskarżalności wszystkich umów⁴¹⁴. W swoich dziełach często odwoływał się do problematyki gołych umów oraz ich ewentualnej zaskarżalności. Według Cujasa umowy gołe to takie, które opierały się na samej zgodzie, a były pozbawione i nazwy, i *causa*, i węzła stypulacyjnego. Z gołych umów zatem nie powstawało zobowiązanie cywilne, ale powstawało zobowiązanie naturalne; stąd też takie umowy nie rodziły skargi, ale dawały zarzut i replikę według prawa pretorskiego, a słuszne umowy taką miały wagę, że ręczyło za nie prawo⁴¹⁵. Goła umowa jednak zdecydowanie nie rodziła żadnego zobowiązania

⁴¹² Connan (1609) lib. 5, cap. 3, num. 6, 415: „In duobus autem debitorib. exemplum posuit, quod si hoc modo conventum esset inter creditorem et debitorem, et nollet debitor promissum facere, neque ad actionem prodesset, neque ad exceptionem compromissi pactio. Communi etiam nostrorum omnium calculo in eam itum est sententiam, ut pontificio iure pacta nuda pariant obligationem, ut ad ea servanda vel actione civili, vel adito principe, aut denunciatione, ut loquuntur, evangelica cogi possit, qui ea fecerit, hoc enim est *cap. 1 de pactis*, ex concilio Africano (...). Nam et praetores dixerunt se pacta servaturos: et tamen iis solis robur dederunt, quae vel συνάλλαγμα haberent, vel inessent contractui, sic cum illo in conventu Africano cautum est, ut pacta custodiantur, intelligendum est, ut ex praescripto iuris et legum, serventur. Eadem inscitia docent, pacta inter eos firma et rata esse debere, qui mercaturis vivunt, quod eorum omnes disceptationes et controversiae sint ex bono et aequo iudicandae, nihil autem est tam congruum aequitati naturali, quam fidem servare. Inde enim appellata fides, quod fiat, quod dictum est. At si hoc aequum est natura, ergo omnes homines tenet, non mercatores tantum”. Zob. Spies (1928) 230-231 (tekst w przypisie, num. 5).

⁴¹³ Varela (2004); Prévost (2015) 89-90.

⁴¹⁴ Nanz (1985) 72.

⁴¹⁵ Cujas (1722b) in lib. 10, ad l. pacta conventa, 72 eodem titulo, col. 248A: „Dicuntur pacta nuda, quia solo consensu constant, et nuda a nomine, nuda a causa, nuda a vinculo stipulationis, circumscribuntur, stantque ad finem placiti (...). Ex contractibus nascitur civilis, et naturalis obligatio: sunt enim contractus non tantum

cywilnego⁴¹⁶. Stwierdził on nawet, krytykując Akkursjusza, że umowy skargi nie „rodziły” (*actionem non pariunt*), nawet ubrane, ale tylko skargę „formowały” (*formant actionem*); takie słownictwo miało wzmocnić rozróżnienie na kontrakty i umowy, bowiem to te pierwsze „rodziły” skargi⁴¹⁷. W innym miejscu stwierdził także Cujas, że wszystkie umowy były gołe, a właśnie ich „nagość” była treścią definicji umowy; dalej dopiero sformułował bardziej szczegółowe wyjaśnienia dotyczące zaskarżalności niektórych umów – niektóre z nich wyróżniały się tym, że mają coś więcej niż by wynikało z ich cechy wspólnej, mianowicie mają *vestmentum*⁴¹⁸.

Wydaje się, że w żadnym z fragmentów, na których oparto powyższe sformułowania, ani w całym komentarzu do tytułu *De pactis Digestów*, Cujas nie odniósł się do prawa kanonicznego i opinii kanonistów o zaskarżalności umów, co w połączeniu z jego przywołanymi poglądami może świadczyć o odrzuceniu kanonistycznego podejścia do tego zagadnienia. Pominięcie nawet samego wspomnienia o tym, że w praktyce prawa istniało odmienne podejście od przezeń prezentowanego, było na pewno wyrazem przekonania o zasadniczej odmienności porządku *ius commune* oraz *ius canonicum*, a mogło być także wyrazem deprecjacji prawa kanonicznego w humanizmie. Warto jednak dodać, że Cujas był także autorem komentarza do trzech ksiąg *Dekretalów*. Wspomniał on tam o *c. Iuramenti* i *c. Antigonus* oraz przytoczył stanowisko prawa kanonicznego dotyczące rozstrzygnięcia synodalnego, ale wymowę kanonu afrykańskiego zrównał z deklaracją pretora, podobnie jak Connan. Pozostałe argumenty kanonistów wymownie określił jako zasługujące na milczenie i

civiles, sed et iurisgentium: ex pactis non nascitur civilis obligatio, sed nec etiam tollitur civilis obligatio: naturalis tamen obligatio nascitur ex pactis, atque etiam tollitur: Ergo ex pactis actio neque datur, neque ipso iure perimitur: exceptio et replicatio datur iure praetorium, et iusta pacta ita rata habentur, ut iuri praestare dicantur”.

⁴¹⁶ Cujas (1722c) ad Cod. 4.2.6, col. 208D: „Pacti nudi nulla est obligatio”.

⁴¹⁷ Cujas (1722c) ad Cod. 2.3.6, recitatio altera, col. 59B-C: „Male Accurs. ad verbum *parere*, notat pacta vestita actionem parere: nullum enim est pactum vestitum, omnia sunt nuda: nudum est inseparabilis qualitas pacti: et vestitum appellat ex *l. legem, inf. hic* [Cod. 2.3.10], quod additur contractui: ut cum dono tibi hac lege, ut mihi insulam aedifices: haec lex, hoc pactum vestitum est Accursio, et cooperitur contractu ipso siclicet, aut velamento contracuts: denique vestitum pactum Accurs. est, quod cohaeret contracturi: hoc vero pactum non parit actionem: ergo falsum est pactum vestitum parere actionem: non parit actionem, sed format ipsam actionem, ut non abs re ait *l. iuris gentium, § quinimo, D. de pact.* [Dig. 2.14.7.5] significat enim aperte actionem, quae nascitur ex eo contractu: cui pactum adiicitur, pacta ergo actionem non pariunt, sed formant ipsam actionem: male etiam Accurs. hic, pacta parere actionem demonstrat adductis in exemplum acceptilationibus, et sipulationibus factis novandi causa”.

⁴¹⁸ Cujas (1722c) ad Cod. 2.3, col. 27B: „Omne pactum est nudum, et definitio pacti, definitio nudi: nudum est pacti accidens inseparabile”. Inną definicję podaje za Bartolusem: Cujas (1722c) ad Cod. 2.3.10, col. 76D-E: „Expositis vestimentis pacti, Bartolus pacti nudi definitionem ponit huiusmodi. Pactum nudum est id, quod vestitum non est: definitio est ex contrario vitiosa, quia ponitur ex contrario pacti, quod contrarium non est, quod ita probo. Contrarii sensus non est sine contrario altero: pacti nudi sensus est sine vestito: ergo pactum nudum vestito contrarium non est”.

lekceważenie, zatem można uznać, że choć znane mu było podejście kanonistyki do kwestii zaskarżalności umów, to jednak odrzucał je w sposób zdecydowany⁴¹⁹.

2.4.2.3. Hugues Doneau

Podobnie o zaskarżalności umów pisał Hugues Doneau (Hugo Donellus, 1527-1591)⁴²⁰. Doneau komentując *Kodeks* Justyniana wielokrotnie powtórzył zdanie, zgodnie z którym z umowy (*pactum*) nie powstaje skarga. Podał, na przykład, że ludziom uczonym niewiele potrzeba było wysiłku by pojąć, że z pretorskiego *pacta servabo* nie wynikała zaskarżalność umów – na to wskazywała wykładnia czasownika *servare*⁴²¹. Choć pod sam koniec swojego komentarza zwrócił uwagę na to, że bardziej adekwatne było mówienie braku zaskarżalności umów niż o braku zaskarżalności umów gołych⁴²², czy też przyznał, że słuszne i zgodne z naturą było zachowywanie danego słowa i umów, o ile były zawarte rozważnie⁴²³.

W swoim *Commentariorum de iure civili*⁴²⁴, kluczowym dziele dla prezentacji systemowej wizji Doneau co do ładu w prawie, humanista podtrzymał pogląd o braku zaskarżalności wszystkich umów, tj. umów gołych, chyba, że umowa była potwierdzona

⁴¹⁹ Cujas (1722a) ad X 4.1.3, col. 1055D-E: „Quod dixi de iureiurando, non plus tribuens iuriiurando, quam fidei nuda, etiam glossa hic approbat in verbo *interpositione*, quae ex *can. iuramenti*, 22 q.5 [C.22, q.5, c.12] nihil interesse putat sponsio fiat sine iureiurando, an cum iureiurando. Quod etiam congruit cum iure civili, adeo ut sicut ex pacto, ita ex iureiurando non nascatur, vel tollatur obligatio *l. Stichum*, § *naturalis*, de *solution*. [Dig. 46.3.95.4] Nondum aere lavantur, qui iure Pontificio ex utroque putant nasci actionem, ex pacto, et ex iureiurando. Quo argumento quaeso? nempe quia in *c.1 sup. de pact.* [X 1.35.1] ait, *pacta custodiantur, pacta pacis, ut ibi est, servantur. Idem praetor ait in edicto, pacta servabo: et tamen constat, praetorem ex pactis non dare actionem, exceptionem tamen dare: denique pacta servare datis exceptionibus, non datis actionibus. Caetera argumenta quibus utuntur solo silentio, et contemptu digna sunt. Iidem etiam illi ex *c. debitores, sup. de iureiur.* [X 2.24.6] statuunt differentiam inter simplicem, et iuratam promissionem, quasi debitor, qui iurato promisit usuras dare, eas persolvere cogatur, non item qui simpliciter, male: Neque enim est haec sententia illius *cap. debitores*, neque vero illius sententia admodum recta: Vult enim eum, qui se iureiurando obstrinxit, ut Deo satisfaciatur, solvere usuras creditori, quas iurato promisit, sed mox eas creditorem illi reddere, quod lusorium, et perridiculum est. Inter Christianos, quos cum dico, bonos viros dico, non plus virium habere debet iusiurandum, quam nuda pactio”. Zob. Spies (1928) 231 (tekst w przypisie, num. 7).*

⁴²⁰ Alburquerque (2004). O jego doktrynie szerzej zob. Biocchi (1997) 178-195.

⁴²¹ Doneau (1765a) ad Cod. 2.3, num. 15, col. 158-159: „Quo admissio nemo negaverit haec esse contraria; praetor ex pacto dat actionem, et ex pacto non nascitur actio. Eruditi homines nonnulli tentant efficere, hoc verbo, *servabo*, praetorem in hoc edicto non polliceri actionem de his pactis, ex quibus antea iure civili non fuit actio: ut consequens sit, cum iure civili ex pacto actio non nascatur, huic regulae hoc edictum non obstare”.

⁴²² Doneau (1765a) ad Cod. 2.3, num. 19, col. 162: „Itaque vere dictum esse generaliter, neque iure civili, neque praetorio ex pacto nasci actionem. Sed si vere dicitur ex pacto nudo non esse actionem, quia inde non est actio prodita iure civili: attamen illud generaliter dictum falsum esse videtur, ex pacto actionem non nasci. Siquidem lex et conditio traditioni adiecta pactum est. Ex quo tamen genere constat esse iure civili actionem (...). Atqui regula ita a veteribus concepta est non ut dicerent ex pacto nudo, sed simpliciter ex pacto actionem non esse (...)”.

⁴²³ Doneau (1765a) ad Cod. 2.3, num. 21, col. 162-163: „Nam si aequum est natura, pacta servari, ut Ulpianus testatur (...) ea non servari est contra naturae aequitatem. Ego puto vere dici, aequum esse, et ex iure naturae, fidem et pacta servari: sed hoc, opinor, sic accipiendum est, si modo vere fides data sit, id est, si quis serio et ex animo sit pactus. Nam si leviter et sine causa quis promisit, magis est, ut hic revera non sit pactum: eoque dictum non servandum”.

⁴²⁴ De Bruijn (2016).

przez ustawę: kiedy bowiem porozumienie nie było gołe, powstawało z niego i zobowiązanie i skarga⁴²⁵. Można by przywołać jeszcze wiele innych fragmentów z tych dwóch dzieł potwierdzających, że Doneau jednoznacznie wypowiadał się za rzymskim rozumieniem umów i w ogóle nie odnosił się do doktryny zaproponowanej przez kanonistów, ale wydaje się, że te kilka przykładów wystarcza dla potwierdzenia, że prezentował on typowo humanistyczne stanowisko w tym zakresie⁴²⁶.

2.4.2.4. Antoine Favre

Dziełem wieńczącym dorobek humanizmu prawniczego, które na długo stało się ważnym punktem odniesienia w jurysprudencji, były *Rationalia in Pandectas* Antoine'a Favre'a (Antonius Faber, 1557-1624)⁴²⁷. W bardzo uporządkowany sposób Favre przedstawił wykład prawa rzymskiego, często korzystając z formuły polegającej na przedstawieniu kwestii wątpliwej (*ratio dubitandi*), a następnie jej właściwym rozwiązaniu (*ratio decidendi*). W temacie zaskarżalności umów Favre prezentował poglądy charakterystyczne dla reprezentowanego nurtu, tj. jednoznacznie wypowiadał się na rzecz braku zaskarżalności umów gołych. Łagodził on radykalizm tego stanowiska poprzez odniesienie do zagadnień ogólnych związanych z prawem narodów i prawem naturalnym. Wątpliwość dotyczącą zaskarżalności gołych umów usunął poprzez uznanie, że człowiekowi przysłało dochowywać wierności umowie, a umowom gołym pretor nie przyznał skargi z tego powodu, że doprowadziłyby to do niekontrolowanego wzrostu sporów sądowych. To zaś było wprost przeciwne interesowi państwa, które korzystało ze zgody między obywatelami, zaś powodzenie państwa było zagrożone wtedy, gdy między osobami prywatnymi panowała niezgoda⁴²⁸. Favre wyjaśniał w swoim dziele znaczenie terminu *pacta nuda*, podkreślając

⁴²⁵ Doneau (1765b) lib. 12, cap. 9, num. 2, col. 494: „Sic autem fere definitio summa est: Ex pacto, id est, ex pacto nudo, actionem non nasci (...) praeterquam si pactio lege confirmetur (...). Quod si conventio non sit nuda, tum vero ex ea obligationem esse et actionem”.

⁴²⁶ Zob. np. Seuffert (1881) 114. Choć np. w przypadku wiążącej mocy przysięgi przywołał stanowisko prawa kanonicznego, które ze względu na szkodę dla zbawienia wiecznego nakazywało przestrzeganie wszystkich przysięg – zob. Esmein (1888) 64-65.

⁴²⁷ Gómez-Iglesias (2004)

⁴²⁸ Favre (1659) ad Dig. 2.14pr., 1.163: „Ratio dubitandi. Ex pacto nudo non daretur actio, neque civili iure neque pretorio (...). Ergo pacta etiam iure praetorio non sunt servanda: quia si servanda essent, actio ex iis daretur, cum actiones non sint comparatae nisi adversus perfidos homines, qui violant ius gentium et naturale, ut scribit Theoph. (...). Ratio decidendi. Nihil tam congruum est fidei humanae, quam ea, quae inter homines placuerunt servari (...) sed data dumtaxat exceptione conservat ea praetor, non etiam data actione, si sint pacta nuda: non quod aequè non sit perfidus, et violator iuris gentium is, qui non praestat quod nudo pacto promisit, sed quia replerentur omnia litibus, si praetor ex quolibet pacto nudo actionem daret: quae res publicae utilitati maxime adversaretur, cuius nihil tam intest, quam ne Respublica litibus vexetur, eoque modo civilis concordia, quam totius Reipublicae salus continetur, privatorum discordia laedatur”.

różnice między umowami gołymi, a tymi, które w różny sposób były przez prawo chronione, choć – co charakterystyczne – wydaje się, że nie stosował on terminologii związanej z *vestimenta pactorum*, czyli z dorobkiem jurysprudencji średniowiecznej⁴²⁹. Ogólny jego wniosek był taki, że z gołej umowy nie powstawała żadna skarga, lecz tylko zarzut; umowa goła według niego nie była to po prostu umowa niezaskarżalna, ale umowa, która była pozbawiona *causa* i z tego powodu nie stanowiła podstawy dla *negotium*⁴³⁰.

Favre dał jednak wyraz znajomości stanowiska prawa kanonicznego wobec umów gołych w komentarzu do słów pretora *pacta conventa (...) servabo* (Dig. 2.14.7.7.). Wrócił on w tym miejscu komentarza do problematyki związanej z ilością sporów sądowych: dopuszczenie zaskarżalności wszystkich umów mogło prowadzić do podstępnych działań, które miałyby na celu mnożenie sporów. Według Favre'a nie mogła być słuszna popularna opinia, by goła umowa rodziła skargę, co było proponowane w ówczesnym prawie kanonicznym, a czego potwierdzeniem był w jego oczach c. *Antigonus*. Krytykę tego poglądu oparł jurysta na argumentacji związanej z polityką sądową. Favre twierdził, że prawodawca kościelny także miał na celu zmniejszanie ilości sporów sądowych, czemu jednak nie służyło przyznawanie skarg, lecz raczej przyznawanie zarzutów. To skarga bowiem wywoływała proces, a zarzut był od jej istnienia uzależniony. Postawił on nawet retoryczne i ironiczne pytanie: cóż mógł zrobić prawodawca kościelny bardziej ujmującego, niż nakazać by umowy były przestrzegane? Według Favre'a ten nakaz nie oznaczał przyznania skargi wszystkim umowom. Taką samą intencję, tj. troskę o zachowywanie umów, przejawiał także pretor, więc nieuzasadnione było twierdzenie, że w prawie kanonicznym goła umowa dawała podstawę do działania⁴³¹.

⁴²⁹ Favre (1659) ad Dig. 2.14.6, 1.167: „Hic vero legitimae conventionis nomine sola pacta nuda significantur, id est, quae nuda essent, nisi speciali et singulari beneficio alicuius legis, ve senatusconsulti confirmarentur. Idque est quod statim sequitur *et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur*. Ratio dubitandi. In actionibus versatur ius, in pactis vero non nisi factum (...). Ergo ex pacto actio neque nasci, neque tolli potest. Ratio decidendi. In pactis legitimis non modo factum, sed etiam ius versatur. Idcirco enim legitima appellantur, quia potestatem suam a lege sumunt, cuius est actionem et inducere, et extinguere”.

⁴³⁰ Favre (1659) ad Dig. 2.14.7.4, sv. *Sed parit exceptionem*, 1.169: „Generalis ergo conclusio est, Ex pacto nudo actionem nunquam nasci: sed tantum exceptionem. Et nuda pacta dici non tam ob id, quod nullam pariant actionem, quam quod nulla in iis subsit causa, id est, ut explicavimus, nullum negotium, quod geratur praeter conventionem”.

⁴³¹ Favre (1659) ad Dig. 2.14.7.7, sv. *Servabo*, 1.173: „Sed ex pacto nudo quod non expresse, ac specialiter confirmatum sit iurisdictione praetoria, nunquam praetor dat actionem: metu scilicet multiplicandarum litium, quas execratur. Replerentur enim omnia litibus, si ius ita esset, ut ex quolibet pacto nudo agi posset. Ex quo apparet, non posse verum esse, quod vulgo iactitant. Hodie pacta nuda iure canonico parere actionem ex c.1 *extr. tit.* [X 1.35.1]. Nec enim legislator pontificius minus quam civilis id agit, quantum potest, ut litium materiam diminuatur: quae sicuti non data ex pactis actione minuitur, ita data ex iisdem exceptione non augetur: cum litem faciat actio, non exceptio: quae actionem praesupponit. Et vero quid aliud potuit legislator pontificius constituere favorabilius, quam ut pacta sint servanda? Atqui hoc ipsum praetor iam

Favre nie tylko zatem był zwolennikiem opartej na rzymskich źródłach zasady odrzucającej zaskarżalność umów gołych, ale był także jawnym przeciwnikiem akceptacji zasady przeciwnej, uznawanej podówczas w kanonistyce. Według niego była ona niesłuszna, bowiem mogła prowadzić do niebezpiecznego wzrostu ilości sporów sądowych. W jego opinii, co więcej, także prawo kanoniczne faktycznie jej nie realizowało: prawo papieskie miało na celu tylko nakłanianie do przestrzegania umów, a nie uznawanie ich powszechnej zaskarżalności. Nieuzasadnione było zatem według Favre'a twierdzenie, że prawo kanoniczne taki postulat realizowało. Widać w jego komentarzu nie tylko wierność wobec rzymskiego formalizmu, ale także wrogość wobec stanowiska kanonistyki. O ile u wcześniejszych autorów ich stosunek do prawa kanonicznego był raczej ambiwalentny, o tyle Favre jednoznacznie wystąpił zarówno przeciw uznaniu kanonistycznej zasady, jak i nawet przeciw jej faktycznemu rozumieniu także na gruncie prawa kanonicznego.

2.4.3. Wnioski

Humaniści pozostali wierni romanistycznemu podejściu do umów gołych i nie uznali powszechnej zaskarżalności umów. Wypada podkreślić, że przyjmowali oni bardzo wąskie znaczenie umowy gołej, jako faktycznie pozbawionej przyczyny i jakiegokolwiek racjonalności. Ich podejście, jako kontynuacja dorobku legistów (choć nie zawsze darzyli szacunkiem jursprudencję średniowieczną), utrzymało ogólną niezaskarżalność umów, ale dopuszczało bardzo wiele wyjątków od tej zasady, inaczej niż kanonistyka, która przyjęła ogólną zasadę zaskarżalności, dodając do niej kryteria oceniania powagi umów.

Cztery przedstawione przykłady doktrynalnego ujęcia braku zaskarżalności umów w humanizmie prawniczym dobrze pokazują, że nie był to nurt, w ramach którego należałoby szukać recepcji doktryny kanonistów. Zdarzało się, owszem, że humaniści wspominali o prawie kanonicznym, ale i te wzmianki pojawiały się rzadko, a przede wszystkim prawo kanoniczne nie było przywoływane po to by z niego zaczerpnąć, ale raczej by z nim polemizować. Nawet więc w tych przypadkach, kiedy pojawiło się ono na marginesie rozważań humanistów nie można w żadnym razie mówić o jakichkolwiek inspiracjach. Jego przywołanie pozwalało za to humanistom na eleganckie odrzucenie sensowności doktryny o wiążącej mocy wszystkich umów. Humaniści nie mieli więc udziału w kształtowaniu zasady swobody umów, ale swój wkład do prawa kontraktowego wnieśli w innych jego obszarach.

constituerat, nec tamen ex pacto dederat actionem: ergo neque iure pontificio ex pacto nudo agi hodie posse credendum est". Zob. Spies (1928) 232-233 (tekst w przypisie, num. 12).

2.5. HOLENDERSKA JURYSPRUDENCJA ELEGANCKA – PRAWO KANONICZNE JAKO PRZYKŁAD O MALEJĄCYM ZNACZENIU

2.5.1. Uwagi wprowadzające

Tylko w przypadku autorów reprezentujących jurysprudencję elegancką wypadało podać określenie precyzujące ich narodowość w tytule podrozdziału. Nieprzypadkowo akurat holenderska myśl prawnicza okresu wczesnonowożytnego zasłużyła na wyodrębnienie w historii prawa. Prawnicy reprezentujący ten nurt łączyli w swojej metodzie elementy charakterystyczne dla prawa natury i dla *usus modernus*, a do tego tworzyli pod wpływem francuskiego humanizmu prawniczego⁴³². Mieli oni także duży wpływ na kształt wskazanych szkół prawniczych. Jurysprudencja rzymsko-niderlandzka efektywnie połączyła dorobek humanizmu prawniczego (*mos gallicus*) oraz komentatorów (*mos italicus*) i w ten sposób przyczyniła się walcie do rozwoju prawa prywatnego, co zostało w dalszej kolejności przejęte przez niemieckich autorów *usus modernus*⁴³³.

Warunki do rozwoju twórczej myśli prawniczej gwarantował rozwój Niderlandów dzięki handlowi morskemu. Wpłynęło to także na specyficzny zakres oddziaływania holenderskich prawników, którzy poprzez założenie kolonii przez Holendrów w południowej Afryce mieli swój wkład w rozwój tzw. prawa rzymsko-holenderskiego, a nawet – zwłaszcza Voet – do dzisiaj są tam uznawani za autorytety prawnicze⁴³⁴. Dla korzystnych warunków do uprawiania nauki prawa w Niderlandach miała znaczenie także swoboda wyznania, która oddziaływała także na kształt doktryn, które się tam kształtowały⁴³⁵, choć nie doświadczył tego pierwszy z wybranych autorów, Wesenbeck, który ze względów konfesyjnych musiał emigrować (przy czym wynikało to z tego, że żył i pisał w XVI w.).

Z zastrzeżeniem zatem, że każdego z wybranych do omówienia autorów można również połączyć z innym nurtem jurysprudencji, zostaną poddane analizie ich prace pod kątem recepcji myśli kanonistycznej w zakresie zaskarżalności gołych umów. Wesenbeck został wybrany ze względu na jego prekursorski charakter co do poglądów na temat zaskarżalności umów, zaś Vinnius, Huber i Voet to jedni z najbardziej wpływowych autorów łączonych z tym nurtem⁴³⁶.

⁴³² Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bériér (2018) 106-107.

⁴³³ Zimmermann (1991-1992) 1711-1712.

⁴³⁴ Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bériér (2018) 107.

⁴³⁵ Wieacker (2003) 125.

⁴³⁶ Szerszą charakterystykę holenderskiej jurysprudencji eleganckiej przedstawił zwłaszcza van den Bergh (2002), choć nie uważał on za jej reprezentantów ani Wesenbecka, ani Vinniusa, ani Voeta, zob. np. van

2.5.2. Wybrani autorzy holenderskiej jurysprudencji eleganckiej

2.5.2.1. Matthaeus Wesenbeck

Jednym z pierwszych autorów *ius civile*, których prace przedstawiały nowe podejście do kwestii wymagalności wszystkich umów, był Matthaeus Wesenbeck (Wesenbecius, 1531-1586)⁴³⁷. W swoim komentarzu do tytułu *De pactis Pandektów* Wesenbeck dokonał interesujących obserwacji dotyczących zaskarżalności umów. Wiele miejsca poświęcił on szczegółowym rozważaniom dotyczącym skutków umów w prawie rzymskim i w *ius commune*. Zaznaczając jednak, że można by te kwestie zbadać jeszcze dokładniej, w znamienny sposób przeszedł do bardziej aktualnego wątku. Otóż według niego wszelka ścisłość dawnego prawa, nie miała już zastosowania, bowiem zaskarżalność umów została podówczas osiągnięta w różnych formach⁴³⁸.

Wesenbeck wskazał dwa podstawowe porządki, w których uznano, że skarga powstawała z każdej umowy. Po pierwsze było tak w ramach prawa papieskiego, po drugie zaś takie rozwiązanie przyjęto w sądach, które orzekały na zasadzie słuszności, oraz w tych, gdzie sądzono mocą najwyższej władzy. Dalej jednak Wesenbeck zwrócił uwagę na to, że panował wielki spór co do tego, czy w sądach, które orzekały na podstawie prawa cywilnego, należało uznać zaskarżalność wszystkich umów. Według niego *communis opinio* oraz *usus* rozstrzygały, że na forum cywilnym także zawsze należała się skarga. Wesebeckowi nie chodziło jednak o uznanie postulatu zaskarżalności umów bez ograniczeń: od razu wskazał, że chodziło tylko o umowy poważnie i z rozwagą zawarte. Takie bowiem umowy, w jego ocenie, zobowiązywały na mocy samej natury oraz tego, co dobre i słuszne. Kto takich umów nie zachowywał, postępował wbrew naturze, wbrew sumieniu i wbrew powinności roztropnego męża, co prowadziło aż do grzechu śmiertelnego. Pod koniec tych rozważań Wesenbeck podniósł na sposób humanistyczny argument źródłowy z autorytetu Pisma Świętego, powołując się na List św. Pawła do Rzymian (Rz 1,31), gdzie święty Paweł w katalogu tych, którzy grzeszą śmiertelnie, wspominał także *asynthetos* – człowieka niestałego, wiarołomnego, niegodnego zaufania, co w opinii Wesenbecka odnosiło się właśnie do tego, kto nie zachowywał umów. W zdaniu wieńczącym te rozważania holenderski prawnik

den Bergh (2002) 23-24, prawdopodobnie dlatego, że ściśle wiązał ją z humanizmem prawniczym. Zrobili to natomiast np. Wieacker (2003) 125; Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bérier (2018) 106-107.

⁴³⁷ Lück (1991); Barrientos Grandon (2004).

⁴³⁸ Wesenbeck (1585) ad Dig. 2.14, num. 10, 66: „Quanquam autem hac de re, plura subtiliter disputari possunt, tamen modus aliquis adhibendus est: maxime cum hae iuris veteris subtilitates, hodie non sint in usu”. Zob. Söllner (1977) 507.

podniósł, że między uczonymi zostało ustalone, iż prawo papieskie winno być zachowane na forum cywilnym zawsze, kiedy podejmowano działania idące za sumieniem w celu uniknięcia grzechu⁴³⁹.

Przedstawiony fragment zawierał szereg istotnych elementów. Przede wszystkim warto zauważyć, że odniesienia do prawa papieskiego odgrywały w nim rolę kluczową. Wprawdzie samo sformułowanie *ius Pontificium* mogło być nacechowane pejoratywnie, bowiem to papieskie nadużycia były symbolicznym przejawem upadku Kościoła rzymskiego z perspektywy protestanckiej, jednak mimo wszystko było ono dla Wesenbecka kluczowym punktem odniesienia⁴⁴⁰. Określenie to w pierwszej mierze odsyłało do kanonów pierwszego i trzeciego tytułu *De pactis Dekretalów*, na co wskazywały marginalia. Do prawa papieskiego odniósł się Wesenbeck trzykrotnie, co wymownie świadczyło o jego postrzeganiu roli prawa Kościoła w ówczesnej praktyce. Nie poprzestał jednak na tym, ale wskazał różne potencjalne argumenty, które mogłyby przemawiać za zaskarżalnością wszystkich umów; były to: praktyka, zwyczaj, powszechna opinia, prawo papieskie i prawa specjalne (zwłaszcza kupieckie), natura, powinność roztropnego męża, zachowywanie tego, co dobre i słuszne, obawa grzechu, nauczanie teologów, sumienie, Pismo Święte czy inni autorzy. W ten sposób Wesenbeck osiągnął zamierzony cel, czyli „brakujący” element prawa kontraktowego: zaskarżalność wszystkich umów. Wiele miejsca jednak zajęło mu w kolejnych fragmentach wyjaśnienie od strony praktycznej, jak taki układ miałby funkcjonować w sądownictwie.

Dzieło Wesenbecka było jednym z pierwszych, o ile nie pierwszym, traktatem z kręgu wczesnego *usus modernus*, który tak jednoznacznie podjął kwestię zaskarżalności wszystkich umów⁴⁴¹. Ze względu na zakres jego oddziaływania można uznać, że to od niego właśnie zaczęło się nowe podejście do tej kwestii w literaturze prawa cywilnego. Wbrew bowiem opinii autora głoszony przezeń pogląd wcale nie był wówczas *communis opinio* wśród

⁴³⁹ Wesenbeck (1585) ad Dig. 2.14, num. 10, 66: „Nam primum iure Pontificio, ex quolibet pacto oritur actio. Deinde hodie idem obtinet in omni foro, ubi ex aequo et bono, et ex suprema potestate iudicatur: ut sunt Curiae summorum Principum, Arbitratorum, Mercatorum, et similibus. Etsi vero longa est disputatio, an in reliquis Curiiis, in quibus secundum ius civile pronunciat, ius Pontificium obtinere debeat: tamen communis opinio est, et ita usus observat, ut indistincte ex pactis Nudis, serio et deliberate initis, etiam in foro Civili hodie detur actio. Quod verum puto, et sequendum. Nam eiusmodi pacta cum obligent naturaliter, et ex bono et aequo, sequitur eum, qui pacta non servat, contra naturam, conscientiam, atque adeo contra officium boni viri facere, ac peccare, ut volunt Canonistae, mortaliter. Et certe divus Paul. ad Rom. 1 ἀσυνθέτους [Rz 1,31], hoc est, eos qui pacta non servant, in illis numerat, qui capitaliter delinquent. Est autem definitum inter Doctores: ut quotiescunque agitur de cavendo peccato, de que causa conscientiae, toties etiam in foro civili ius Pontificium debeat observari”.

⁴⁴⁰ Według Waelkensa Wesenbeck był znany z antykatolickiej postawy: Waelkens (2015) 350-351.

⁴⁴¹ Zob. szerzej: Nanz (1985) 85-94; Feenstra (1992) 124-128.

prawników świeckich, ale dopiero torował sobie drogę wbrew dotychczasowej doktrynie⁴⁴². Wesenbeck przyjął faktyczne znaczenie postulatów kanonistycznych, ale nie ograniczył się do wykorzystania nich samych, lecz starał się argumentować na wszelki sposób za zaskarżalnością umów. Można uznać, że powoływał się na prawo papieskie nie ze względu na jego autorytet jako takiego, ale raczej przez wzgląd na jego oddziaływanie w praktyce i skuteczność jego postulatów. Zbierając starszą literaturę na korzyść swojej tezy nie pominął on zatem istotnego jej elementu, jakim było prawo kanoniczne. Sięgnął przy tym także do kanonistycznej argumentacji teologicznej na rzecz związania danym słowem i odesłał do dwóch istotnych kanonów. Kluczowe dla jego doktryny, a także późniejszych autorów niderlandzkich, było uwzględnienie w jej ramach także ówczesnej praktyki i zwyczajów, które jednoznacznie świadczyły o przełamaniu zasady *ex nudo pacto actio non oritur*⁴⁴³.

2.5.2.2. Arnold Vinnius

Arnold Vinnius (1588-1657)⁴⁴⁴ to niderlandzki przedstawiciel świeckiej nauki prawa z przełomu XVI i XVII w. Był on między innymi autorem traktatu o umowach (*De pactis tractatus*), w którym prawo kanoniczne zostało wspomniane w spisie treści w formie tytułu rozdziału: *Aliarum gentium et hodie moribus nostris, et canonum iure etiam ex nuda conventionem actionem dari*⁴⁴⁵. W kolejnych punktach tego rozdziału Vinnius przedstawił problematykę zaskarżalności umów gołych w ówczesnym porządku prawnym. W rzeczonym rozdziale podjął on polemikę z poglądami Connana a także poddał krytyce błędne według niego teorie Cujasa, dając w ten sposób wyraz odmiennego podejścia prawników bliskich *usus modernus* do zaskarżalności umów od tego, które cechowało typowych humanistów⁴⁴⁶.

Vinnius swoje rozważania poświęcone skuteczności umów według prawa kanonicznego, rozpoczął od ogólnej obserwacji, że między kanonistami panowała powszechna zgoda, co do skuteczności wszelkich umów i uznania ich za podstawę skarg; na poparcie tej tezy odesłał autor w tym miejscu do traktatów Felinusa, Panormitanusa, Johannes de Imola i Covarrubiasa. Sam Vinnius podzielił ich zdanie, ale wspomniał, że byli autorzy, którzy je odrzucali (Alciato, Connan, Favre). Jako kluczowy argument źródłowy przywołany został c. *Antigonus*. Wyjaśniając słowo *conventus* użyte przez biskupa Antygona,

⁴⁴² Zimmermann (1991-1992) 1693-1694; innym autorem, który prezentował także jako jeden z pierwszych nowy pogląd był Petrus Gudelinus.

⁴⁴³ Zimmermann (1991-1992) 1711.

⁴⁴⁴ Feenstra/Waal (1975) 24-35; Núñez-Iglesias (2004).

⁴⁴⁵ Vinnius (1646) cap. 7, 84.

⁴⁴⁶ Vinnius (1646) cap. 7, num. 2, 85-87; num. 5, 89-91.

Vinnius wskazał, że w porozumieniu między biskupami chodziło nie o uwolnienie się od umowy, lecz raczej o odwołanie się do powstałego między stronami zobowiązania. Dalej przywołał on także c. *Qualiter* i zaznaczył, znów podkreślając różnicę między prawem cywilnym a kanonicznym, że umowa tworzyła zobowiązanie i stąd można było wobec sędziego dochodzić tego, do czego zobowiązano się w umowie. Kończąc ten fragment Vinnius stwierdził, że pisarze prawa kanonicznego w żadnym przypadku dotyczącym sumienia nie wspierali popełniania grzechu, ale podążali za prawem naturalnym i Bożym; umowy były zatem dwójako utwierdzone i ważne w tym prawie⁴⁴⁷. Można uznać, że Vinnius celnie spuentował podstawową intuicję kanonistów; ponadto, nie ograniczył się do samego przywołania tekstów i odesłania do innych autorów, ale sam skomentował je i wyjaśnił ich praktyczne znaczenie. W dalszym wywodzie niderlandzki jurysta podjął także istotne zagadnienie pogodzenia ze sobą różniących się stanowisk prawa cywilnego i kanonicznego, które elegancko zamknął filozoficzną uwagą, że dotrzymanie słowa wynika po prostu z ludzkiej natury⁴⁴⁸.

Warto jednak w tym miejscu zaznaczyć, że to nie traktat Vinniusa *De pactis* (z 1646 r.) miał istotny zakres oddziaływania na doktrynę, ale jego komentarz do *Instytucji* Justyniana (pierwszy raz opublikowany w 1642 r.)⁴⁴⁹. Scharakteryzował w nim między innymi podejście rzymskie do problematyki zaskarżalności umów oraz stanowisko prawa kanonicznego w tym zakresie. Jego rozważania w tym dziele były jednak znacznie krótsze niż w traktacie *De pactis*, przy czym poświęcone zostały innym kwestiom. Po pierwsze, Vinnius zwrócił uwagę, że ówczesnie taka była praktyka, że także gołe i proste umowy rodziły skargę. Tu podkreślił jednak istotny aspekt tego podejścia do umów: chodziło tylko o takie umowy, które zawierane były przez obietnice poważne, przemyślane i użyteczne. Umowy oparte na obietnicach cechujących się przeciwną charakterystyką nie miały rodzić zobowiązania i

⁴⁴⁷ Vinnius (1646) cap. 7, n. 4, 88-89: „Iure quoque Canonum pacta quaelibet, efficaciter obligare atque actionem producere, communis est Canonistarum sententia (...) quam ego sententiam veram quoque esse non dubito, quicquid reclament recentiores quidam interpretes (...) moveorque his rationibus (...). Ait Antigonus *conventus*: loquitur ergo non de eo, qui alium voluit pacto liberare; cuiusmodi pacta etiam praetor servat data exceptione: sed de eo, qui se alteri obligavit, de qua obligatione implenda *conventus* erat: ac proinde de pacto ad obligandum comparato (...). In *d.c.3 ext. eod.* [X 1.35.3] ait Pontifex Romanus (...). Ecce non ait, quando quis pactus est, ne petat, quod est pactum liberatorium pariens exceptionem etiam iure civili: sed quando quis ex promissione se obligavit, quod pactum est obligatorium, iure civili ad agendum inefficax (...). Et ergo agitur de eo, qui apud iudicem convenitur, ut faciat id, ad quod pacto se obligavit: est enim titulus ille *de pactis*. His adde quod praesumendum est, auctores iuris Canonici in casu conscientiae, ne peccatum foverent, secutos esse ius naturale et divinum: utroque autem illo iure pactiones quaelibet firmatae sunt ac validae”.

⁴⁴⁸ Vinnius (1646) cap. 7, n. 6, 92: „Naturae autem humanae nihil magis congruit, quam fidem promissorum servare, ut fiat, quod dictum est, sive nudis verbis, id est, nudo pacto, sive verbis solemnibus, id est, stipulatione fides data sit”.

⁴⁴⁹ Hoeflich (1997) 348-350; Beck Varela (2016).

dawać skargi. Po drugie zaś, Vinnius wykorzystał prawo kanoniczne jako egzemplifikację tezy, że w wielu prawach doszło do przemian i sprowadzono je w tym zakresie do prostoty prawa narodów; przywołał przy tym jako odnośniki źródłowe kanony pierwszy i drugi z tytułu *De pactis Dekretalów*. Na koniec, podobnie jak w swoim *De pactis tractatus*, skrytykował Connana, który nie dopuszczał powstawania zobowiązania nawet z gołego porozumienia według prawa narodów, co wszakże zostało potwierdzone np. przez Grocjusza⁴⁵⁰. Uwagi Vinniusa można uznać za zwięzłe nawiązanie do prawa kanonicznego, potwierdzały one, że dorobek kanonistyki średniowiecznej był mu znany, przy czym w swoim głównym dziele Vinnius uczynił znacznie mniejszy użytek z myśli kanonistycznej, niż w traktacie *De pactis*, co wynikało z charakteru i celu obu dzieł. Na przykładzie jego pism widać także, jak rosło znaczenie opierania wiążącej mocy umów na *ius gentium*.

2.5.2.3. Ulrik Huber

Kolejny znaczący jurysta niderlandzkiego pochodzenia, Ulrik Huber (1636-1694)⁴⁵¹, autor *Praelectionum juris civilis*, krótko odniósł się do prawa kanonicznego w zakresie prawa kontraktowego w komentarzu do tytułu *De pactis Digestów*. Zauważył on, że zgodnie z ówczesnymi zwyczajami nastąpił powrót do prawa narodów i do jego prostoty, co oznaczało, że z każdej umowy powstawała skuteczna skarga. Dodał także, że było to zgodne z prawem kanonicznym (wspomniał w tym miejscu *c. Antigonus* i *c. Qualiter*), choćby nawet nie zgadzał się z tym Connan. Dalej odesłał do refleksji na ten temat przedstawionej u Wesenbecka i przeszedł do kwestii technicznej związanej z rodzajem skargi udzielanej w takim przypadku. Huber wskazał, jakie były doktrynalne propozycje zaradzenia tej kwestii (*actio ex iure civilis, condictio ex lege, condictio ex canone*), odniósł się także do pracy swojego nauczyciela Johannesesa Wissenbacha, a finalnie przedstawił pogląd najbardziej odpowiedni według niego (skorzystanie z *condictio certi vel incerti*). Na koniec dodał, że według ówczesnego zastosowania w prawie cywilnym doszło do tak istotnego zbliżenia umowy ze stypulacją, że w zasadzie niczym się nie różniły (dlatego też właśnie jego

⁴⁵⁰ Vinnius (1665) ad I. 3.13(14).2, num. 11, 579: „Usu iam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo et simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quae stipulationis. Tantum meminerimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatae et utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per iocum et aliud agens aliquid pronunciat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio et actio nascatur. Et hoc etiam iure Canonico satis expresse est, *c. 1* et *c. 2* x. *de pact.* [X 1.35.1; 1.35.2] et videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem iuris gentium hodie reducta. Connanus vir eruditione minime vulgari praeditus existimat, ne iure quidem gentium ex nuda conventionem obligationem oriri (...) sed ei occurritur a D. Grotio (...)”.

⁴⁵¹ Van den Bergh (2002) 184-187; Bacigalupo Saggese (2004); Hewett (2010) 79-83.

propozycja skargi miała być odpowiednia)⁴⁵². To w zasadzie jedyne miejsce w pracy Hubera spośród typowych *loci*, w których należałoby szukać jego postrzegania wpływu prawa kanonicznego na prawo umów. Warto w jego rozważaniach zwrócić uwagę i na to, że korzystał z traktatu Maestertiusa, w którym szeroko komentowane było znaczenie prawa kanonicznego⁴⁵³. W innym miejscu Huber ostro skrytykował doktrynę *vestimenta pactorum* argumentując, że analogia, na jakiej została ona ufundowana, była po prostu głupia⁴⁵⁴. W komentarzu do *De verborum obligationibus* z *Institucji* także podkreślił, że ówczesne zwyczaje powracały do prostoty prawa narodów, czego skutkiem było zrównanie znaczenia umów i stypulacji, a to nie zostało osiągnięte przez Rzymian⁴⁵⁵.

Potwierdzeniem tego, że wskazane wątki miały znaczenie w doktrynie Hubera było ich podniesienie w skrótowym opracowaniu jego komentarza do *Digestów* i *Institucji*. Na podstawie *Positiones iuris* można uznać, że w opinii Hubera według *mores hodierni* doszło do zrównania znaczenia umowy oraz stypulacji⁴⁵⁶. Wspomniał on tam także o tym, że nie były umowami gołymi takie, które zostały zawarte poważnie, czego dowodził np. Maestertius w swoim dziele *De iustitia Romanarum legum*⁴⁵⁷. Wreszcie, powracało także w rozważaniach Hubera przekonanie, że nakaz zachowania wszystkich umów, z którym wiązała się zaskarżalność wszystkich umów według ówczesnego zwyczaju, miał swój fundament w

⁴⁵² Huber (1749) ad Dig. 2.14, num. 11, 2.631: „Morbus hodiernis reditum est ad ius Genitum eiusque simplicitatem, ita ut ex quolibet pacto nascatur efficax actio, convenienter iuri Canonico, c.1 et 3 X de Pact. [X 1.35.1; 1.35.3] licet dissentiat Connan. 5 comm.3 quam vide sis. Wesenbecius in *parat. ad h.t. n.9* secundum sane hypothesin nomen actionis ex iure civili, pactis accomodat, conditionem ex lege; quatenus ex novo canone, seu lege, haec actio nascitur, et semper alias conditio ex Lege datur, quoties lex novam edit obligationem, neque tamen actionem nominat, *tit. ff. de conduct. ex Leg.* [Dig. 13.2] quo nomine reprehenditur a Wissenbachio *th.34* non suo sensu. Ego malim conditionem certi vel incerti huc applicare, ad exemplum stipulationis, ut ad *tit. Inst. de Verb. Oblig.* est dictum; Nam ut pactum iure civili proxime ad stipulationem accedit, ita usu seculi ab eo nihil discrepat; ideoque et actionem oportet eandem producat”.

⁴⁵³ Huber (1749) ad Dig. 2.14, num. 8, 2.628. Zob. niżej, 2.7.2.3.

⁴⁵⁴ Huber (1749) ad Dig. 2.14, num. 5, 2.626: „Nam quae est ineptior translatio et incivilius, quam vestimenti habitum conventioni adscribere? etsi stulta analogia blanditur, quasi cum quid nudum sit, necessario et veste aliud indutum esse debear: Nec quidem, cum vestitum explicant de pacto in continenti adiecto ferri possint, etsi non tam absurda interpretatio sit quam usus verbi. Nam sane pactum, quod contractui adiicitur, vi et effectum praecipuum quid prae aliis continet, verum id tamen non ex sua natura, sed contractus, cui adiicitur”.

⁴⁵⁵ Huber (1749) ad I. 3.16(15), num. 1, 1.293: „Sed nonne Legislator ipse Romanus postea pacti et stipulationis sustulit differentiam, tollendo solemnitatem verborum, in *l.10 C.de contrah. stipul.*[Cod. 8.37.10]? Dicendum, proprius eum, non plane, ad ius Gentium accessisse. Nam Naturalis et iuris Gentium ratio, non modo verbis, sed et per Nuntium, aut scriptura, non valide vult obligari. (...) Mores huius seculi ad simplicitatem memoratam iuris gentium redierunt, adeoque pacta et stipulationes tam quod ad verba, quam quod ad effectus reales attinet, omnia conveniunt; unde quicquid in capite de pactis et de verborum obligationibus reperitur, id omne, quod ad usum, conferri miscerique licet ac oportet”.

⁴⁵⁶ Huber (1733) ad I. 3.16(15), num. 6, 1.156: „Huius seculi mores ad simplicitatem iuris Gentium redierunt, adeo ut pacta et stipulationes tam quoad verba quod ad effectum attinet, per omnia conveniant. Quod igitur de stipulationibus heic ponemus, id tu ad pacta moris hodierni, transfer, exceptis quae a formam verborum pendent”. Huber (1733) ad Dig. 2.14, num. 19, 2.72: „Caetera, quae de pactis tradi possunt, in capite de stipulationibus docentur, quae moribus nostris eandem vim cum pactis habent”.

⁴⁵⁷ Zob. niżej, 2.7.2.3.

prawie narodów, które wiązało wszystkich ludzi, i dobrych, i złych, a nawet złoczyńców, tyranów, niewiernych i heretyków. W zakresie oparcia tego przekonania na prawie narodów warto zauważyć, że Huber chętnie odsyłał czytelnika do Grocjusza i jego *De iure belli ac pacis*⁴⁵⁸. Wydaje się, że dla Hubera *ius gentium* było w zasadzie tożsame z *ius naturae* – potwierdzeniem tej obserwacji jest przedstawiony wyżej katalog osób związanych przez prawo narodów, który odpowiada wymogom stawianym przez *ius naturae*⁴⁵⁹. W *Positiones* jednak nie zostało zawarte w badanym zakresie odesłanie do prawa kanonicznego.

Zbierając razem obserwacje z lektury tych różnych fragmentów można uznać, że dla Hubera w zakresie zaskarżalności umów kluczowe znaczenie miało uznanie, że wszystkie umowy są zaskarżalne. Podstawą dla tego twierdzenia było jednak według niego nie prawo kanoniczne, które tylko wzmiankował, lecz prawo narodów (utożsamiane przezeń z prawem natury⁴⁶⁰) oraz – przede wszystkim – ówczesne zwyczaje. Wspomnienie prawa kanonicznego miało zatem w tym przypadku znaczenie marginalne: stanowiło ezemplifikację powszechnego przyjęcia zwyczajów opartych na *ius gentium*.

2.5.2.4. Johannes Voet

Johannes Voet (1647-1713)⁴⁶¹ był jurystą, który także wymyka się prostemu przyporządkowaniu do jednego z nurtów jurysprudencji: był bowiem zarówno kontynuatorem myśli Grocjusza, jak i przedstawicielem refleksji typowej dla jurysprudencji niderlandzkiej, i to bardzo wpływowym, czego przykład do dziś stanowi np. oddziaływanie jego myśli na prawo Republiki Południowej Afryki⁴⁶². Voet komentując zagadnienia związane z umowami jednoznacznie wyraził pogląd, że zaskarżalność umów gołych była wśród jemu współczesnych oczywista, aczkolwiek najpierw wyjaśnił w szczególach różne zagadnienia teoretyczne związane z *pacta*, co można uznać za przejaw „antykwarycznej tendencji” w jego pismach, tj. charakterystycznego dla niektórych autorów *usus modernus* zbierania materiału w gruncie rzeczy zbędnego⁴⁶³. Dał temu wyraz w sposób o tyle nietypowy, że dosyć krytycznie odniósł się w tym kontekście do prawa rzymskiego, którego wskazania prowadziły na

⁴⁵⁸ Huber (1733) ad Dig. 2.14, num. 25, 2.73: „Moribus hodiernis pacta sine dubio pariunt actionem, ut dix. ad tit.1 de verb. obl. a pr. Serva fidem quam dedisti, quod dictum iuris Gentium pertinet ad omnes generis humani consortes, ut hostes (...) Latrones (...) maleficos (...) ad tyrannos quoque infideles et haereticos Grot. (...)”.

⁴⁵⁹ O prawie naturalnym u Hubera zob. Voppel (1996) 116-120.

⁴⁶⁰ Voppel (1996) 117.

⁴⁶¹ Feenstra/Waal (1975) 35-44; López-Jacoiste Díaz (2004); Domanski (2013).

⁴⁶² Choć pisma Voeta nie były pozbawione także krytyki Grocjusza, zob. np. Erasmus (2016). Warto dodać, że i Vinnius wywarł istotny wpływ na światowe prawoznawstwo – zob. Hoeflich (1997).

⁴⁶³ Voppel (1996) 122.

przełomie XVII i XVIII w. do dużego zamieszania: według niego należało w tym punkcie porzucić rzymskie podejście, bowiem zgodnie przyjmowano, że umowy zawarte rozważnie dawały skargę i to dawały ją tak samo jak kontrakty. Po tych ogólnych uwagach Voet wskazał również, że tego osiągnięcia doktrynalnego nie należało łączyć z prawem kanonicznym, bowiem tak samo o zachowanie umów i zaufanie stron troszczyło się właśnie prawo rzymskie. Choć zatem prawo rzymskie nie wypracowało modelu swobody umów, według Voeta porównanie c. *Antigonus* ze źródłami rzymskimi prowadziło do konkluzji, że niczym się one między sobą nie różniły⁴⁶⁴. W dalszym wywodzie Voet podniósł, że należałoby bardziej dać wyraz temu, co wynikało z prostoty prawa narodów, niż utrzymywać rzymskie subtelności, a także skrytykował poglądy Simona van Leeuwen, który starał się bronić zasady *ex nudo pacto actio non datur*. Dla Voeta, podobnie jak u Hubera, *ius gentium* było zbliżone do *ius naturae*, choć zdaje się, że na pierwszym miejscu stawiał on prawo pozytywne, które jednak w tym zakresie, w jakim dotyczyło materii *ius naturae* lub *ius gentium* musiało pozostawać z nimi w zgodzie⁴⁶⁵.

Komentarz Voeta do *De pactis* Digestów to kolejny przykład tego, w jaki sposób z upływem czasu traciło na znaczeniu odniesienie doktryny o zaskarżalności wszystkich umów do jej kanonistycznych korzeni. W tym przypadku można nawet uznać, że wpływ prawa kanonicznego został przez niderlandzkiego uczonego zakwestionowany. Zasadę tę opierał on raczej na zgodnym poglądzie uczonych, który wynikał z rozpoznania powszechnego prawa narodów w grocjuuszowym rozumieniu w tym zakresie, a nawet z inspiracji tekstami rzymskimi, które w ogólnej wymowie nakazywały troskę o zawarte porozumienia.

2.5.3. Wnioski

Lektura dzieł holenderskich prawników skłania do wniosku, że znali oni podejście prawa kanonicznego do kwestii zaskarżalności umów gołych. Nie wynikało jednak z tego

⁴⁶⁴ Voet (1726) ad Dig. 2.14, num. 9, 169: „Caeterum si non hae circa pacta, actionem formantia aut non formantia, distinctiones necessariae prorsus essent, ad Romani iuris genuinum intellectum, legumque sine hoc praecognito partim obscurarum, partim iniquitatem redolentium, explicationem; potuissent sane quantum ad fori usum attinet silentio involvi; eo quod nunc tratatitium prorsus est, et passim receptum, ex pactis nudis, serio ac deliberato animo interpositis, aequae ac ex contractibus, actionem nasci, multoque magis, si contractibus sive bonae fidei sive stricti iuris adiecta sint; sive in continenti, sive ex intervallo id ipsum contigerit. (...) id quod non tam iuri canonico tribuendum; quippe quo non plus dicitur, quam iure civili dictum fuerat, pacta nempe servanda esse, et grave esse fidem falli; confer *cap.1 extra, de pactis* [X 1.35.1] cum *l. iurisgentium 7 § ait praetor 7 ff.* [Dig. 2.14.7.7] *h.t. l.1* [Dig. 2.14.1] (...) quam potius, quod gentes pleraeque bonam fidem et nudam iuris gentium simplicitatem in servandis iis, quae placuissent, praeferendam censuerint nimiis Romani iuris subtilitatibus, nimis anxie inter pacta et stipulationes distinguentibus, ac prope syllabarum aucupia instituentibus, sic ut verbis, non rebus iura illa scripta iurassis”.

⁴⁶⁵ Voppel (1996) 121.

zbyt wiele: był to dla nich tylko jeden z przykładów na to, że można uznać skuteczność wszystkich umów, który wspierał tezę o tym, że było to wówczas podejście powszechne. Zarazem jednak wzmacnianie przekonania o powszechności wiążącej mocy umów wspierało argumentację autorów holenderskich, dla których istotne znaczenie miało oparcie jej zwłaszcza na *ius gentium*. O ile dla Wesenbecka przykład prawa kanonicznego był istotny, o tyle dla późniejszych autorów miał on znaczenie mniejsze, do tego stopnia, że Voet nawet kwestionował różnice w tym zakresie między prawem kanonicznym a prawem rzymskim. Tym bardziej juryści holenderscy nie odwoływali się do argumentacji kanonistycznej: poza wzmianką u Wesenbecka i traktatem o umowach Vinniusa ograniczali się oni do odesłania do kanonów o umowach z *Liber extra*, nie wspominając o tym, jak interpretacja tych kanonów ukształtowała doktrynę o związaniu danym słowem. Oparcie zakarżalności wszystkich umów na *ius gentium* może być także przejawem szerokiego korzystania przez autorów holenderskich z dzieł Grocjusza, zwłaszcza z jego wprowadzenia do prawa holenderskiego: to, że często się oni na niego powoływali, nie oznaczało, że uznawali w całości słuszność jego koncepcji prawa natury, ale jednak szeroko z niego korzystali, także w postrzeganiu tego, czym było *ius gentium*⁴⁶⁶.

Elegancka jurysprudencja stanowi zatem świadectwo dwóch typowych zjawisk dla świeckich nurtów refleksji prawniczej istotnej dla rozwoju nowożytnego prawa prywatnego. Po pierwsze, reprezentujący ją prawnicy postulowali zaskarżalność wszystkich umów, odwołując się do różnych systemów prawa, które ją uznawały, zwłaszcza do prawa narodów i do praw zwyczajowych (albo raczej: do zwyczajów). Po wtóre, w ramach przywoływania tych przykładów realizacji zasady przyznającej skuteczność wszystkim umowom stopniowo zmniejszaniu ulegało znaczenie sięgania do prawa kanonicznego. Wraz z tym zanikała także pamięć o wypracowanych przez kanonistów argumentach. Z jednej strony nie miał w zasadzie dla nich znaczenia nawet kluczowy argument teologiczny, co mogło pozostawać w związku z tym, że prezentowani autorzy byli protestantami. Z drugiej zaś, oparcie zaskarżalności umów na *ius gentium*, a więc na nakazie zachowywania umów z uwagi na troskę o szeroko pojęte dobro wspólne ludzi może przypominać argumentację społeczną kanonistów: obie drogi argumentowania opierały się na rozpoznaniu społecznej wartości relacji tworzonych za pośrednictwem umów.

⁴⁶⁶ Zob. Voppel (1996) 124.

2.6. SZKOŁA PRAWA NATURY – UKRYTA RECEPCJA ALBO PONOWNE ODKRYCIE

2.6.1. Uwagi wprowadzające

Nową jakość w prawie prywatnym okresu nowożytnego wniosła szkoła prawa natury, zwana też prawem Rozumu⁴⁶⁷. Choć nie zrywała ona zupełnie z odniesieniem do prawa rzymskiego, to na pierwszym miejscu stawiała poszukiwanie prawa, które rozumowo wynikać miało z natury człowieka. Dopiero w dalszej kolejności można było rozważać zastosowanie prawa rzymskiego czy praw narodowych, o ile pozostawały one w zgodzie z rozpoznanymi wymogami prawa naturalnego. Reprezentanci tej szkoły byli protestantami, lecz nie przeszkadzało im to w tworzeniu prawa zeświecczonego, które nie opierało się na podstawach teologicznych: stąd też nazwa „prawo Rozumu”, bowiem ostatecznie nie musiało ono wynikać z wiary w Boga, a więc i rozpoznawane przez jusnaturalistów prawo naturalne nie było koniecznym prawem, którego autorem był Bóg⁴⁶⁸. Szkoła prawa natury od Grocjusza była pod istotnym wpływem drugiej scholastyki⁴⁶⁹, choć nie zawsze uświadomionym, zaś sama wywarła istotny wpływ na jurysprudencję holenderską oraz *usus modernus*.

W ramach podrozdziału zostaną krótko przedstawieni dwaj prekursorzy szkoły prawa natury (Oldendorp, Althusius), Grocjusz oraz jej reprezentanci niemieccy (Pufendorf, Thomasius, Wolff, Nettelbladt) i francuscy (Domat, Pothier). Wyboru dokonano w podobny sposób jak w pozostałych podrozdziałach: w oparciu o ogólne oddziaływanie tych autorów na prawo prywatne oraz ich wkład w rozwój prawa umownego⁴⁷⁰.

2.6.2. Prekursorzy

Szkoła prawa natury czerpała z wielu wcześniejszych autorów, więc wielu można by wskazać jako tych, którzy inspirowali jusnaturalistów. Wymienia się jednak także autorów przełomu XVI i XVII w., którzy mogą być nazywani prekursorami tej szkoły, ponieważ już w ich dorobku widać częściowo cechy charakterystyczne dla tego nurtu jurysprudencji. By pokazać, jak ich wywody różniły się od koncepcji prawników późniejszych warto krótko przedstawić przykładowo dwóch z nich, którzy przyczynili się także do powstania nowej nauki prawa⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Ogólnie na temat prawa Rozumu zob. np. Wieacker (2003) 222-256.

⁴⁶⁸ Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bérier (2018) 108.

⁴⁶⁹ Szerzej o relacji między drugą scholastyką a szkołą prawa natury zob. np. Thieme (1953).

⁴⁷⁰ Szczególnie pomocne w tym zakresie były opracowania: Wieacker (1972); Wieacker (1974); Nanz (1985) 135-169; Hyland (1993-1994); Decock (2013).

⁴⁷¹ Berman (2003) 124-130.

Johann Oldendorp (ok. 1488-1567)⁴⁷², niemiecki prawnik i protestancki reformator, autor bardzo wielu prac z zakresu prawoznawstwa, w zakresie prawa umów pozostał wierny zasadzie rzymskiej⁴⁷³. W *Sylloge exceptionum* jasno podał, że umowa goła nie miała takiej skuteczności by dawać skargę, tym bardziej niesłuszna umowa nie mogła być uznana za słuszną przez długotrwałe świadczenie tego, kto coś obiecał, ponieważ czas nie był formą właściwą do kreowania zobowiązania⁴⁷⁴. W innym dziele, *Loci communes iuris civilis*, wyjaśniając znaczenie terminu *pactio nuda* podał tylko, że umowa taka nie rodziła zobowiązania, ale dawała zarzut, zgodnie ze słowami Ulpiana⁴⁷⁵. Podał tam także hasło *pacta sunt servanda*, ale jako jego jedyne wyjaśnienie przywołał fragment z *Digestów* dotyczący *emptio venditio*, z którego tylko ogólnie wynikało, że strony powinny świadczyć to, co zostało między nimi uzgodnione⁴⁷⁶. To ciekawy przykład zupełnie innego od powszechnie przyjętego rozumienia tej maksymy – nie jako ogólnego uznania zaskarżalności wszystkich umów, lecz jako dyrektywy interpretacyjnej co do obowiązków stron. Te dwa krótkie komentarze pozwalają uznać, że co do zaskarżalności umów gołych Oldendorp podzielał stanowisko prawa rzymskiego, nie biorąc nawet pod uwagę innych możliwości.

Zgoła inaczej rzecz miała się u autora późniejszego o kilkadziesiąt lat, tj. Johannesesa Althusiusa (ok. 1560-1638)⁴⁷⁷, który także był niemieckim prawnikiem, kalwinem, wpływowym autorem z zakresu filozofii politycznej oraz prekursorem szkoły prawa natury. Warto przywołać krótki fragment z jego traktatu *Dicaeologicae*, który zawierał wiele ciekawych poglądów, a sporządzony został z zastosowaniem równie oryginalnej metody prowadzenia rozważań. W ramach usystematyzowanego wywodu Althusius bowiem wszystko, co opisywał, dzielił na pół, wprowadzając kolejne kategorie grup i podgrup⁴⁷⁸.

Według niego z prawa natury umowy gołe tworzyły skuteczne zobowiązanie do działania w sądzie⁴⁷⁹. Punktem wyjścia dla niemieckiego jurysty było uznanie, że z *ius gentium* wynikała zaskarżalność umów gołych i dawały one początek skutecznemu

⁴⁷² Stintzig (1880-1884) 1.311-338; García Caveró (2004).

⁴⁷³ Nanz (1985) 136.

⁴⁷⁴ Oldendorp (1601) *Contra pactiones illegitimas*, num. 47, 162: „Pactum nudum non sit efficax ad producendam actionem: multo minus iniquum pactum iustificatur per diuturnam praestationem eius, quod paciscendo promissum est: quia tempus non est forma introducendae obligationis, *l. si certis annis C. de pact.* [Cod. 3.14.] (...)”.

⁴⁷⁵ Oldendorp (1545) sv. *pactio nuda*, 223: „obligationem non parit, sed parit exceptionem. Ulpianus in *l. Iuris gentium § igitur nuda pactio ff. de pact.* [Dig. 2.14.7.4]”.

⁴⁷⁶ Oldendorp (1545) sv. *pacta sunt servanda*, 223: „*l. ex empto, in prin. ff. de actio. empt. et vend.* [Dig. 19.1.11.pr-1]”.

⁴⁷⁷ Abellán (2004).

⁴⁷⁸ Zob. Wojciechowski (2004b) 99-100.

⁴⁷⁹ Nanz (1985) 135-139.

zobowiązaniu. Potwierdzeniem tego stanowiska były ogólne spostrzeżenia inspirowane prawem rzymskim (*grave enim est fidem fallere*) jak i odesłania do Pisma Świętego. Sięgnął do Rz 1,31 (miał zapewne na myśli to samo określenie, które zainteresowało Wesenbecka, tj. „niestali”), do Ps 15 (który pochwała m.in. prawdomównych i wiernych przysiędze) oraz do Prz 28,20 („Uczciwy cieszy się błogosławieństwem”). Wydaje się w związku z tym, że *ius gentium* pozostawało dla niego w bliskiej relacji do *ius naturae* – było to prawo, które wynikało z utrwalonej praktyki, wspólne dla wszystkich ludzi. Ponadto Althusius sformułował ogólną opinię, według której należało powstrzymywać różne przejawy wiarołomstwa i kłamstwa a słać rzetelność, zaufanie oraz stałość słów i czynów, bez których społeczność ludzka nie mogła się ostać. Stąd według niego Rzymianie mieli u siebie świątynię poświęconą *Fides*. Tę opinię, która zasługiwała w jego oczach na miano powszechnej, potwierdzali Wesenbeck i Pierre Grégoire, prawnik francuski, a przeciwni jej byli Connan, Douaren i Doneau. Sposobem na uzgodnienie tego rozdzwiewu w doktrynie było według Althusiusa uznanie, że inny skutek wywierały umowy w prawie cywilnym, zaś inny w prawie narodów⁴⁸⁰.

Nieco dalej Althusius uznał, że ówczasnie wszystkie umowy można było uznać za *pacta legitima*, co wynikało z przyjętej praktyki (*consuetudine*): takie podejście oparł zaś na prawie kanonicznym, gdzie szanowano wszystkie umowy godziwe i prawe uznając je za *pacta legitima* (czyli umowy zaskarżalne), jak i na prawie narodów, co potwierdzał Wesenbeck. Prawo kanoniczne było więc dla Althusiusa jednym z elementów potwierdzających tę powszechność. Generalnie przedstawił on w swoim traktacie poglądy tradycyjne, ale uznał też, że z mocy prawa natury i ówczesnej praktyki można było dochodzić wszystkich umów. Wypada uznać, że właśnie tą formułą związał się z *usus modernus*, tzn. – jak to ujął Nanz – jeden z ojców prawa natury w zakresie prawa kontraktowego pozostał uczniem wczesnego *usus modernus*⁴⁸¹. Althusius nie odwołał się bezpośrednio do źródeł

⁴⁸⁰ Althusius (1649) lib. 1, cap. 90, n. 4, 323: „Iure gentium vero, paca nuda producunt efficacem obligationem ad agendum et excipiendum. Grave enim est fidem fallere et prohibitum (...) sed servare mandatum est (...) atque is natura debere dicitur, cuius fidem secuti sumus (...). Apostolus quoque inter impios refert, non servantes pacta, *Rom. c.1 31* [Rz 1,31] et *David Psal. 15* [Ps 15] *Prov. c.28 20* [Prz 28,20]. Nam, ut perfidia, levitas, mendacium, deceptio, merito reprehenduntur, sic candor, fides, dictorum et factorum constantia, laudantur, sine quibus societas humana conservari non potest (...). Hinc templum Fidei apud Romanos. Hanc esse communem sententiam, affirmat *Wesenb.* (...) *Pet. Gregor.* (...) a qua sententia dissentit Francis. Connan. (...) *Duar.* (...) *Donell.* (...). Sed distinctione hae sententiae conciliari possunt. Iure gentium efficacem et actionem et exceptionem producunt pacta. Iure civili, tantum exceptionem, prout diximus (...)”.

⁴⁸¹ Nanz (1985) 139.

prawa kanonicznego; owszem, wspomniał o prawie kanonicznym, ale swoje rozważania oparł na traktacie Wesenbecka, a nie na konkretnych tekstach kanonicznych⁴⁸².

W pewnym sensie ten fragment *Dicaeologicae* Althusiusa świadczył o tym, że autor oddalił się od myśli kanonistycznej, chociaż Althusius częściowo uznał zasadność postulatów kanonistyki. Choć był to przejaw odesłania do kanonistyki nietypowy dla jusnaturalizmu, to krótka analiza poglądów dwóch prekursorów szkoły prawa natury może sugerować, że jej przedstawiciele stosunkowo szybko zapomnieli o kanonistycznych korzeniach formuły *pacta sunt servanda*: Oldendorp użył jej, ale w zgoła odmiennym znaczeniu, zaś Althusius tylko marginalnie wspomniał, że prawo kanoniczne szerzej uznawało zaskarżalność umów niż prawo cywilne. Bardziej adekwatne określenie tego procesu niż „zapomnienie” to być może przesunięcie punktu ciężkości – *ratio* swobody umów widział Althusius raczej w *ius gentium* rozumianym jako prawo wspólne dla wszystkich ludzi a zakorzenione w społecznej naturze człowieka.

2.6.3. Hugo Grocjusz

Hugo Grocjusz (1583-1645)⁴⁸³ zasługuje na wyodrębnienie ze względu na to, że często jest on łączony z ogłoszeniem zasady *pacta sunt servanda*. Bez wątpienia położył on zasługi dla tej zasady, gdyż – tak jak i w przypadku wielu innych zagadnień prawa prywatnego – udało mu się nadać atrakcyjną formę doktrynie opartej o wielu wcześniejszych autorów, zwłaszcza z obszaru drugiej scholastyki⁴⁸⁴. Traktat *De iure belli ac pacis*⁴⁸⁵ wywarł w szczególności wpływ na przyjęcie zasady *pacta sunt servanda* w *ius gentium*, które dla Grocjusza było bardziej oddalone od prawa natury – powstawało jako owoc wolnego działania ludzi wskutek umowy między narodami lub zwyczaju⁴⁸⁶. Wypada omówić w szczególności początek rozdziału *De promissis* tego traktatu, bowiem to tam umieścił Grocjusz podstawy doktryny o wiążącej mocy wszystkich umów. Założyciel szkoły prawa natury zaproponował nową konstrukcję prawa umów, która była niezależna od typologii

⁴⁸² Althusius (1649) lib. 1, cap. 90, n. 11, 324: „Hodie, ex consuetudine, legitima censentur omnia pacta, Wesenb. (...) sicut et Iure Canonico omnia pacta, honesta et licita pro legitimis habentur, et efficacem obligationem producunt, uti et iure gentium, Wesenb. (...). Legitimam autem conventionem in l.6 de pactis [Dig. 2.14.6] accipio pro civili conventionem (...)”.

⁴⁸³ Van den Bergh (2002) 183-184; Corriente (2004); o *De iure belli ac pacis* zob. np. Bierzanek (1957).

⁴⁸⁴ O metodzie Grocjusza zob. np. van Ittersum (2015). O wpływie drugiej scholastyki na jego koncepcje zob. np. Feenstra (1972); Decock (2013) 208-212, 272-274, 321-325, 494-496, 598-601.

⁴⁸⁵ Wijffels (2016).

⁴⁸⁶ Bierzanek (1957) 15. Kwestia wpływu Grocjusza na uznanie zasady *pacta sunt servanda* w prawie międzynarodowym lokuje się poza obszarem tej pracy. Zob. np. Bierzanek (1957) 27-28.

romanistycznej⁴⁸⁷. Zagadnienie to interesowało go z tego względu, że tak jak złamanie umowy między państwami mogło być podstawą dla działań wojennych, tak złamanie umowy między osobami prywatnymi mogło prowadzić do sporu sądowego⁴⁸⁸. Ponadto, omówienie obietnic, kontraktów i przysięg Grocjusz uznał za niezbędne dla lepszego wyjaśnienia przymierzy i umów zawieranych między państwami.

Początek swoich rozważań o obietnicy Grocjusz poświęcił polemice z poglądami Connana, z którym nie zgadzał się co do braku skuteczności według prawa natury i prawa narodów umów, które nie opierały się na wzajemności. Holenderski prawnik odrzucił opinię humanisty, według której z gołej umowy nie powstawało zobowiązanie naturalne⁴⁸⁹. Connan powoływał się na różne uzasadnienia i autorytety, np. Cyncerona, ale Grocjusz uznał, że opinia Francuza nie mogła się ostać, także odwołując się do Cyncerona i do wielu innych autorytetów, jak np. Arystotelesa, Horacego czy Paulusa. W opozycji do poglądów Connana Grocjusz zaproponował swoją koncepcję obietnicy, którą oparł na analogii do prawa własności: tak jak można było przenieść prawo własności rzeczy na drugą osobę, tak można było na jej rzecz pozbyć swojego innego prawa, np. do jakiegoś działania. Tak jak zgodne z naturą było to, że właściciel mógł rozporządzać swoją rzeczą, tak zgodne z zaufaniem między ludźmi było to, by zachować to, co zostało uzgodnione. Danie słowa oznaczało według Grocjusza powstanie konieczności moralnej po stronie dającego i to niezależnie od tego, czy zostało spełnione jedno świadczenie, jak chciał Connan. W końcowym fragmencie przywołał Grocjusz opinie klasyków, np. Cyncerona, który nazwał *fides* fundamentem sprawiedliwości, czy Symonidesa, który łączył sprawiedliwość z mówieniem prawdy, a nie tylko otrzymaniem należności⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Nanz (1985) 139.

⁴⁸⁸ Nanz (1985) 140.

⁴⁸⁹ Nanz (1985) 142.

⁴⁹⁰ Grocjusz (1646) lib. 2, cap. 11, num. 1, 219-220: „Perduxit nos ordo ad obligationem quae ex promisso oritur: ubi statim se nobis obiicit vir eruditionis minime vulgaris Franciscus Connanus. Is enim hanc defendit sententiam iure naturae ac gentium ea pacta, quae non habent *συνάλλαγμα*, nullam inducere obligationem: honeste tamen impleri, si modo talis res sit, quam praestare etiam citra promissum honestum ac virtuti alicui congruens fuerat. Adfert autem pro sententia sua non tantum Iurisconsultorum dicta, sed et rationes has: quod non minor sit culpa eius qui temere nulla de causa pollicenti credit, quam eius qui vanitatem adhibuit promissionis: deinde quod fortunis omnium magnum immineat periculum, si promisso, quod saepe ex ostentatione magis quam ex voluntate proficiscitur, aut ex voluntate quidem; sed levi ac parum considerata, tenerentur homines: postremo, quod iustum fuit aliqua honestati cuiusque relinquere, nec ad necessitatem obligationis exigere: turpe esse promissa non implere, non quod iniuste id fiat, se quod detegatur promissionis levitas. Tullii quoque utimur testimonio, qui dixerit nec promissa servanda, quae sint iis quibus promiseris inutilia, nec si plus tibi noceant, quam illi prosint cui promiseris. Quod si res integra non sit, vult deberi non quod promissum est, sed quod interest: caeterum pacta, quam ex se non habent vim, eam accipere, aut ex contractibus quibus insunt, aut adiciuntur, aut ex rei traditione: unde nasci partim actiones, partim exceptiones, et vetitam repetitionem. Quae vero pacta vim obligandi secundum leges habeant, ut pacta stipulata et alia quaedam, habere eam legum beneficio, quarum ea est efficacia ut quod per se honestum est id efficere possint etiam necessarium. Verum haec sententia, ita generaliter ut ab ipso effertur accepta, consistere non potest.

Sam początek wywodu Grocjusza daje zatem wgląd w jego postrzeganie wiążącej mocy umów, która oparta była na związaniu słowem danym w obietnicy. Wywodził ją Grocjusz z prawa natury, ale wspierał się zgodnie ze swoim zwyczajem także różnymi autorytetami prawniczymi czy filozoficznymi, choć nie sięgnął do stanowiska prawa kanonicznego w tym zakresie.

Grocjusz przedstawił dwa modele obietnicy: jeden, dwustopniowy, w swoim wprowadzeniu do prawa holenderskiego (*Inleiding tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*) oraz drugi, trójstopniowy w *De iure belli ac pacis* oparty na koncepcji ślubu opracowanej przez św. Tomasza⁴⁹¹. W tym drugim przypadku uznany jest w nauce istotny wpływ drugiej scholastyki na wykład Grocjusza, w szczególności wpływ Moliny i Lessiusa w zakresie powiązania skuteczności gołej umowy z powstaniem zobowiązania naturalnego⁴⁹², choć nie znalazł on bezpośredniego świadectwa w poczynionych przez autora odwołaniach do innych tekstów (częściej pojawiał się w nich Covarrubias czy Prieras, wskazani zostali także Tomasso de Vio, Gomez, Sanchez i jeden raz Molina). Pierwszy poziom obietnicy to „oświadczenie wyjaśniające zamiar odnoszący się do przyszłości”⁴⁹³, który można było zmienić, ponieważ człowiek miał prawo do zmiany swojego zamiaru⁴⁹⁴. Drugi poziom miał

Primum enim sequitur inde inter reges et populos diversos, pactorum quamdiu nihil ex iis praestitum est, vim esse nullam praesertim iis in locis ubi nulla certa forma foederum aut sponsionum reperta est. Tum vero ratio nulla reperiri potest, cur leges, quae quasi pactum commune sunt populi, atque hoc nomine vocantur ab Aristotele et Demosthene, obligationem pactis possint addere, voluntas autem cuiusque hoc omni modo agentis ut se obliget, idem non possit, praecipue ubi lex civilis impedimentum non affert. Adde quod voluntate sufficienter significata transferri rei dominium potest, ut ante diximus, quid ni ergo possit transferri et ius in personam, aut ad transferendum dominium (quod ius ipso dominio minus est) aut ad aliquid agendum, quippe cum in actiones nostras par ius habeamus atque in res nostras? Accedit his sapientum consensus: nam quomodo dicitur a Iurisconsultis, nihil esse tam naturale, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi eodem modo dicitur nihil esse tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare. Sic edictum de pecunia constituta, ubi nulla in constituyente debendi causa praecesserat praeter consensum, favere dicitur naturali aequitati. Paulus quoque Iurisconsultus eum ait natura debere quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus: quo in loco primum vox, oportet, necessitatem quandam moralem significat: neque vero admittendum est quod ait Connanus, fidem secutos nos censi ubi res integra esse desiit: agebat enim eo loco Paulus de conditione indebiti, quae cessat si ex qualicunque pacto solutum quid sit, quia iam ante re adhuc integra, naturae ac gentium iure dari oportebat, etiamsi lex civilis ad praescindendas litium occasiones auxilium suum non praestabat. M. autem Tullius in officiis tantam promissis vim tribuit, ut fundamentum iustitiae fidem appellet, quam et iustitiae sororem dixit Horatius, et Platonici saepe iustitiam vocant ἀλήθειαν, quod fidelitatem transtulit Apuleius: ac Simonides iustitiam definiebat, non modo acceptum reddere, sed et verum dicere. Sed ut bene res intelligatur, distinguendi sunt diligenter tres gradus loquendi de rebus futuris quae nostrae sunt potestatis, aut fore putantur”.

⁴⁹¹ Szeroko na ten temat zob. Dieselhorst (1959) 34-55; Feenstra (1992) 132-138; Nanz (1985) 140-145.

⁴⁹² Dieselhorst (1959) 4-30; Nanz (1985) 143.

⁴⁹³ Tłumaczenia zapisane kursywą podane zostały według przekładu Remigiusza Bierzanka.

⁴⁹⁴ Grocjusz (1646) lib. 2, cap. 11, num. 2, 220: „Primus gradus est assertio explicans de futuro animus qui nunc est: et ad hanc, ut vitio careat, requiritur veritas cogitationis pro tempore praesenti, non autem ut in ea cogitatione perseveretur. Habet enim animus humanus non tantum naturalem potentiam mutandi consilium, sed et ius. Quod si in mutatione sententiae vitium sit aliquod ut accidit, id non est intrinsecum mutationi, sed ex materia, puta quia prior sententia erat melior”.

miejsce „gdy wola sama siebie determinuje na przyszłość i daje w wystarczający sposób poznać konieczność wytrwania w tym zamiarze”, była to zatem *pollicitatio* niezależna w obowiązywaniu od prawa cywilnego, ale nie przyznająca uprawnień drugiej stronie, a jej przykładami były np. czyny miłosierne⁴⁹⁵. Obietnica trzeciego poziomu następowała, gdy „do tego rodzaju determinacji woli na przyszłość dołącza się wskazówka świadcząca o woli przyznania drugiej stronie właściwego prawa”. Wtedy dopiero powstawała obietnica doskonała, podobna co do skutku do pozbycia się własności. Poprzez obietnicę dania dochodziło do pozbycia się własności, zaś przez obietnicę czynienia dochodziło do pozbycia „pewnej części naszej swobody działania”. Odwołał się także Grocjusz w tym miejscu do wielu fragmentów Pisma Świętego, by pokazać jak Bóg był wierny swoim obietnicom, z czego wywodził, że każda rozumna natura winna dotrzymywać obietnic: był to więc wyraz tego, że nakazem prawa naturalnego było przestrzeganie obietnic, skoro Grocjusz przyjmował istnienie takiego obiektywnego ładu, dającego się wyprowadzić z rozumu. Prawo naturalne dla Grocjusza brało się z „najgłębszej natury człowieka”, było ono „nakazem prawego rozumu”, który pozwalał ocenić moralną wartość każdego czynu⁴⁹⁶. Zresztą argumentację na rzecz przestrzegania takich obietnic przywołał także za Eustachiuszem czy Owidiuszem. Wszystko to pozwoliło mu odrzucić zdanie Connana. Według Grocjusza prawnicy rzymscy wypowiadając się na temat gołych umów mieli na uwadze to, że przemyślany zamiar przybierał formę stypulacji. Grocjusz twierdził, że podobnie uznawały i inne narody w swoich ustawach, co może być przykładem na jego poszukiwanie obiektywnego ładu prawnego, ładu zorientowanego na prawo natury. Według tego prawa zaś dopuszczone były także inne sposoby wyrażania zamiaru obok stypulacji czy innych formalności, których wymagało prawo cywilne do przyznania skargi. O ile zatem zamiar był poważnie powzięty, a w zamiarze tym zawierała się wola przyznania drugiej stronie prawa do żądania spełnienia obietnicy, obietnica miała moc zobowiązującą. Jeżeli brakło drugiego z powyższych powstawała konieczność moralna do jej spełnienia, ale bez prawa do żądania spełnienia obietnicy w sądzie⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Grocjusz (1646) lib. 2, cap. 11, num. 3, 220-221: „Secundus gradus est, cum voluntas se ipsam pro futuro tempore determinat, cum signo sufficiente ad indicandam perseverandi necessitatem. Et haec pollicitatio dici potest, quae seposita lege civili obligat quidem, aut absolute, aut sub conditione, sed ius proprium alteri non dat. Multis enim casibus evenit, ut obligatio sit in nobis, et nullum ius in alio; sicut in debito misericordiae et gratiae reponendae apparet, quibus simile est hoc debitum constantiae sive fidelitatis. Itaque ex tali pollicitatione res pollicitantis retineri, aut is ipse qui pollicitus est ad implendam fidem cogi iure naturae non poterit”.

⁴⁹⁶ Jarra (1923) 139.

⁴⁹⁷ Grocjusz (1646) lib. 2, cap. 11, num. 4, 221: „Tertius gradus est, ubi ad determinationem talem accedit signum volendi ius proprium alteri conferre: quae perfecta promissio est, similem habens effectum

W ten sposób Grocjusz doprowadził do zrównania stypulacji i gołej obietnicy, osiągając efekt podobny jak doktryna *usus modernus*, ale za pomocą innych środków⁴⁹⁸. Choć odniesienie jego wykładu na temat ogólnej kategorii obietnic do kontraktów nie opierało się na prostym uznaniu kontraktu za złożenie obietnicy i jej przyjęcie, to położył on wiele zasług dla rozwoju ogólnej teorii umów⁴⁹⁹. Nie miało dla niego także kluczowego znaczenia odniesienie do argumentacji teologicznej – to nie zagrożenie grzechem było dla niego argumentem, lecz powinność moralna wynikająca z natury. Podobne odwołania pojawiały się i u wcześniejszych autorów, ale wydaje się, że u Grocjusza kluczowe znaczenie miało to, że *ius gentium* było dla niego oddalone od prawa natury, tzn. było rezultatem działania człowieka, więc charakter wiążący umów wynikał z utrwalonej praktyki. Z drugiej strony prawo natury dla Grocjusza było prawem rozpoznanym przez rozum – skoro z rozumowego poznania rzeczy dało się wywieść obowiązek dotrzymywania obietnicy, to odwołanie do Boga w tym kontekście pełniło bardziej rolę przykładu wskazującego właściwe postępowanie, co zresztą odpowiadało celowi Grocjusza by jego wywody zachowały „w pewnym stopniu znaczenie nawet, gdyby dopuścić, czego nie można uczynić bez popełnienia najcięższej zbrodni, że Bóg nie istnieje lub że nie troszczy się o sprawy ludzkie”⁵⁰⁰. Grocjusz zerwał zatem z modelem prawa umownego charakterystycznym dla prawa rzymskiego i jego średniowiecznych reinterpretacji, a uczynił to pod wpływem koncepcji wypracowanych przez teologów moralnych: od tego teologicznego podejścia przeszedł on do ugruntowania prawa umów na ogólnych podstawach etycznych⁵⁰¹. Nakaz przestrzegania umów nie był dla niego odpowiednikiem nakazu wierności danemu słowu pod sankcją grzechu, ale wynikał z rozumowego rozpoznania treści prawa natury wiążącego dla wszystkich ludzi: „zasada

qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis. Illuc pertinent promissa dandi, huc promissa faciendi. Eius quod dicimus insigne nobis argumentum praebent divina oracula, quae nos docent Deum ipsum, qui nulla constituta lege obstringi potest, contra naturam suam facturum nisi promissa praestaret (...). Unde sequitur ut promissa praestentur venire ex natura immutabilis iustitiae, quae Deo et omnibus his qui ratione utuntur, suo modo communis est (...). His cognitis non difficulter respondebimus ad Connani argumenta. Nam Iurisconsultorum dicta de pactis nudis, respiciunt id, quod Romanis legibus erat introductum, quae deliberati animi signum certum constituerunt stipulationem. Neque negamus similes esse in aliis populis leges. *Qua lex ad id praestandum nos quod alicui promisimus obligat?* ait Seneca de lege humana et promisso non solemniter facto loquens. Possunt autem naturaliter deliberati animi alia esse signa praeter stipulationem, aut si quid ei simile ad actionem pariendam lex civilis postulat. Quod autem sit animo non deliberato, id nos quoque ad vim obligandi non credimus pertinere; quod et Theophrastus libro de legibus notaverat, imo et quod deliberato sit, sed non eo animo, ut ius proprium concedat alteri, ex eo negamus ius exigendi cuiquam naturaliter dari, quamquam non solam hinc honestatem, sed et necessitatem quandam moralem nasci agnoscimus”.

⁴⁹⁸ Nanz (1985) 145.

⁴⁹⁹ Nanz (1985) 145-149.

⁵⁰⁰ Grocjusz (1646) Prolegomena: „Et haec quidem quae iam diximus, locum aliquem haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana (...)”.

⁵⁰¹ Dieselhorst (1959) 144.

obowiązkowości umów” była dla niego „nakazem prawa naturalnego”⁵⁰². Wydaje się w związku z tym, że i kluczowa dla scholastyków *obligatio naturalis* nie była dla Grocjusza punktem odniesienia, podobnie jak problematyka stosownej *causa* dla skuteczności umowy. Jego poglądy istotnie wpłynęły na prawo umów, choćby na innych autorów holenderskiego pochodzenia (co było widać przykładowo w ich oparciu wiążącej mocy umów na *ius gentium*), a zwłaszcza na późniejsze prace jusnaturalistów⁵⁰³.

2.6.4. Niemieccy teoretycy szkoły prawa natury

2.6.4.1. Samuel Pufendorf

Ważnym prawnikiem w historii paremii *pacta sunt servanda* był Samuel Pufendorf (1632-1694)⁵⁰⁴, który dla rozwoju doktryny kontraktowej przyczynił się przede wszystkim poprzez postawienie kontraktu jako pojęcia kluczowego dla całego systemu prawnego⁵⁰⁵. W swojej pracy bazującej na Grocjuszu i Hobbesie *De iure naturae et gentium*⁵⁰⁶ rzeczoną paremię umieścił on jako tytuł jednego z punktów w rozdziale o zachowywaniu zaufania, przez co w literaturze często uznawany jest za jej autora, choć – jak zostało pokazane w rozdziale pierwszym – nie jest to słuszne. Niemniej jednak, niewątpliwie miała ona dla niego duże znaczenie, skoro została tak wyeksponowana. Mógł on także zaproponować ją już nie tylko jako użyteczną formułę, ale faktycznie jako zasadę prawną, ponieważ Pufendorf był z jednej strony wykształcony w zakresie nowożytnej metody naukowej, a z drugiej stworzył teorię prawa naturalnego, w ramach którego można było z tej zasady zrobić dobry użytek⁵⁰⁷. Takie podejście można też łączyć z metodą demonstratywną w prawie, która opierała się na sformułowaniu w punkcie wyjścia aksjomatów opartych na filozofii prawa, a dalej na nich budowano coraz bardziej złożone koncepcje składające się z tych aksjomatów.

Zdaniem Pufendorfa, inaczej niż Hobbesa, naturalnym stanem w społeczeństwie był pokój, choć był on kruchy⁵⁰⁸. Same normy prawa natury nie wystarczały, by zagwarantować trwałe bezpieczeństwo społeczeństwu, więc w sukurs przychodziły im zawierane między ludźmi porozumienia. W świetle takiego postrzegania roli umów nie dziwi, że dla Pufendorfa było oczywiste, iż wszystkie umowy jednakowo winny być zachowywane⁵⁰⁹. Bez tego

⁵⁰² Jarra (1923) 140.

⁵⁰³ Zimmermann (1991-1992) 1692-1693.

⁵⁰⁴ Ruiz Gallardón (2004).

⁵⁰⁵ Nanz (1985) 149-156.

⁵⁰⁶ Modéer (2016).

⁵⁰⁷ Hyland (1993-1994) 421-426.

⁵⁰⁸ Jarra (1923) 158-159.

⁵⁰⁹ Hyland (1993-1994) 423-425.

przymiotu umów, jakim była ich moc skutecznego wiązania ludzi, nie mogły one spełnić swojej roli, która polegała na przekraczaniu ludzkich słabości oraz umożliwieniu ludziom wzajemnego wspierania się⁵¹⁰.

Z tego streszczenia jego postrzegania wiążącej mocy umów wynika, że nie miało dla niego większego znaczenia, jak postrzegali tę kwestię inni, ponieważ miała ona swoje korzenie w prawie natury. Wypada jednak spojrzeć na rozdział *De servanda fide ubi etiam de divinisionibus obligationum*, w którym Pufendorf zawarł swoje rozważania pod szyldem *Pacta servanda sunt*. Otóż według niemieckiego prawnika zawarte między ludźmi umowy powinny być ściśle przestrzegane, bowiem domagała się tego społeczna natura człowieka⁵¹¹. Bez tego bowiem przepadłaby użyteczność, która powstawała z wzajemnej wymiany obowiązków między ludźmi, czego potwierdzeniem dla Pufendorfa były rozważania Arystotelesa i Cyncerona. Gdyby zachowanie obietnicy nie było koniecznością, to bardzo utrudnione byłoby budować cokolwiek na wsparciu innych. Następnie Pufendorf podkreślił, że czynienie czegokolwiek ze względu na zawartą umowę, w sytuacji, kiedy druga strona nadużywała zaufania prowadziło do daremnego działania – tego zaś można było uniknąć i działania oraz świadczenia wykonać w ramach innego stosunku, co byłoby bardziej pożyteczne. Niegodne było także według niego pozorne umawianie się, bo również prowadziło do nadużycia zaufania. Nakazem prawa naturalnego było natomiast uszrec okazane zaufanie, a obietnicy czy umowy dotrzymać⁵¹².

W dalszych fragmentach rozważań Pufendorf zajmował się wieloma wątkami, które miały znaczenie dla wiążącej mocy umów, chętnie odwołując się do Boga, jako najwyższego arbitra między ludźmi, do słuszności naturalnej, do pokoju, czy też do zbawienia, ale i w tym zakresie nie sięgał do dorobku kanonistyki⁵¹³. O tyle jego koncepcja przypominała rozważania kanonistów na poziomie funkcjonalnym, że także opierał ją na pewnym obiektywnym ładzie: dla kanonistów były to nakazy wynikające z chrześcijańskiej moralności

⁵¹⁰ Nanz (1985) 151.

⁵¹¹ Denzer (1972) 152.

⁵¹² Pufendorf (1672) lib. 3, cap. 4, num. 2, 311: „Si quae autem inter homines ineuntur pacta, illa sancte observanda esse, sociabilis natura hominis requirit. Citra hoc enim si esset, plurima pars utilitatis periret, quae humano generi ex communicatis invicem officiis enascitur. *Aristoteles* (...) *Cicero* (...). Id quod exemplo latronum et piratarum declaratur. Ni quoque promissa servandi necessitas foret, hautquidquam liceret rationes suas firmiter aliorum hominum subsidiis superstruere. Quin et ex decepta fide iustissimae quaerelarum, bellique causae pullulare sunt idoneae. Nam ubi ego ex pacto aliquid praestiterim, altero fidem fallente, mea mihi res aut opera frustra periit. Sin vero nihil adhuc praestiti, rationes tamen, et destinata mea turbari molestum est; cum alio modo rebus meis potuissem consulere, nisi iste mihi sese obtulisset. Et indignum est ludibrio haberi, quia alterum cordatum ac bonum virum credidi. Igitur religiosissimum iuris naturalis praeceptum, et quod universae humanae vitae decus, modum, atque rationem temperat, habetur: *Ut quilibet fidem datam servet*, seu promissa atque pacta expleat. Addantur, quae *Dionysius Halicarn.* l.2 de Fide a Numa inter Numina consecrata traditur”.

⁵¹³ Pufendorf (1672) lib. 3, cap. 4, num. 3-9, 311-319.

i porządek społeczeństwa chrześcijańskiego, dla Pufendorfa społeczna natura człowieka i troska o ustrzeżenie zaufania innych. Jego wizja prawa natury opierała się na oddzieleniu od prawa cywilnego i teologii moralnej – wynikało ono wyłącznie z nakazów naturalnego rozumu⁵¹⁴.

Widać zatem wyraźnie, że choć z obowiązku przestrzegania umów uczynił Pufendorf podstawę swojego systemu, to kanonistyka nie miała dla niego w tym kontekście żadnego znaczenia. Można by się spodziewać choćby jej wzmiankowania z uwagi na formułę *pacta servanda sunt*, za pomocą której Pufendorf zatytułował fragment swoich rozważań. Choć zatem nie świadczy to o tym, że Pufendorf nie wiedział o postulatach kanonistyki i zakorzenionej w *Liber extra* ogólnej formuły nakazującej zachowywanie umów, to jednak wystarcza to do uznania, że w przypadku jego rozważań o wiążącej mocy umów pozbawione znaczenia były refleksje średniowiecznych kanonistów.

2.6.4.2. Christian Thomasius

Wielkie znaczenie dla postrzegania umów w szkole prawa natury miały prace Christiana Thomasiusa (1655-1728)⁵¹⁵, któremu można przypisać stworzenie ogólnej teorii umów, czego nie dokonali ani Grocjusz, ani Pufendorf. Została ona ufundowana na krytyce rzymskich podziałów zawieranych porozumień: odrzucenie tych subtelności i przedstawienie w ich miejsce prawnonaturalnej koncepcji kontraktu zbliżyło do siebie także stanowisko prezentowane przez *usus modernus* oraz szkołę prawa natury, czego symbolicznym wyrazem było i to, że Thomasius i Stryk przez pewien czas obaj byli profesorami w Halle⁵¹⁶.

Thomasius prezentował podobne do poprzedników stanowisko co do wiążącej mocy wszystkich umów⁵¹⁷: jednym z nakazów wynikających z natury człowieka, jak to ujął w *Institutiones Iurisprudentiae Divinae*, było według niego dotrzymanie danego słowa⁵¹⁸. W kolejnych uwagach wspominał np. o związku między umowami a powinnościami natury ludzkiej: według niego skoro w stanie upadłym między ludźmi zapanował stan wojny, to nie można było inaczej naprawić stosunków międzyludzkich niż poprzez umowy⁵¹⁹. Skoro zaś

⁵¹⁴ Jarra (1923) 159.

⁵¹⁵ Carpintero/Quirós (2004a).

⁵¹⁶ Nanz (1985) 159-160.

⁵¹⁷ Nanz (1985) 161.

⁵¹⁸ Thomasius (1688) lib. 2, cap. 6, § 1, 89: „*Quartum* praeceptum speciale ex statu humanitatis descendens, et ex *affirmativis secundum est, FIDEM IN PROMISSIONE DATAM SERVA*”.

⁵¹⁹ Thomasius (1688) lib. 2, cap. 6, § 2, 89-90: „*Necessarium* fuisse, pacta inter homines oriri, inde liquet quod officia humanitatis, et eorum praestatio ad illa omnia, quae homines ab se invicem utiliter expectare possunt accommodari nequeat, ob conditionem partim eius, qui utilitatem exhibere debebat, partium huius, qui

taki był cel zawierania umów, to oczywiste było dla Thomasiusa, że spokój rodzaju ludzkiego, a zwłaszcza strzeżenie równości domagały się, by słowo dane w umowie było zachowywane⁵²⁰. W dziele tym, składającym się z krótkich następujących po sobie rozważań ujętych w punkty bardzo mało zawarł Thomasius odesłań do innych źródeł, więc próżno szukać w tym miejscu odesłań do kanonistyki. Do ostatniej uwagi dodał w *Fundamenta iuris naturae et gentium*, że gdy w umowach dochodziło do przekazania i nabycia prawa, występował (grzeszył? – *peccat*) przeciw zasadom sprawiedliwości ten, kto szkodził drugiemu nie zachowując danego słowa.

Wypada wziąć pod uwagę także *Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum Titulos* tego samego autora. W swoich rozważaniach starał się on wskazać, które elementy prawa rzymskiego nie miały ówczasie znaczenia i w jaki sposób były poprawiane przez prawo germańskie. Takie podejście, charakterystyczne dla *usus modernus*, w znacznej mierze wynikało z tego, że Thomasius podążał często w swoich uwagach za *Specimen* Stryka. Było tak na przykład w uwadze o tym, że ówczasie z każdej umowy dana była skarga. Jusnaturalista jednak z dystansem odniósł się do tego fragmentu pracy Stryka, w której rozważane było stanowisko prawa kanonicznego wobec zaskarżalności umów, ponieważ według Thomasiusa u Germanów już za czasów Tacyta przed recepcją prawa kanonicznego przyznawano z umów skargę (i dla tego komentarza źródłem był Stryk)⁵²¹. Tylko w tym miejscu odwołał się on do prawa kanonicznego. Jako przykład obrazujący charakter rozważań prawnika można wskazać jego uwagę o tym, że częściowo doktryna rzymska zawierała wymagania dotyczące porozumień, które wynikały z zasad prawa naturalnego i z natury działań ludzkich, a częściowo wymagania specyficzne dla samych Rzymian. Te pierwsze miały zastosowanie także na forach germańskich, choć nie ze względu na to, że pochodziły z prawa rzymskiego, skoro znane były już Germanom (i to według Thomasiusa już przed Justynianem), zaś te drugie nie miały żadnego zastosowania wśród Germanów według opinii

eam expetit, partim rei, quae desideratur. Accedit, quod, si in statu corrupto semel bellum inter homines oritum sit, non nisi per promissiones id iterum componi possit”.

⁵²⁰ Thomasius (1688) lib. 2, cap. 6, § 3, 90: „Cum vero maxime eum in finem ineantur pacta, ut quis alterum sibi perfecte obliget, quem alias ex solo capite de praestandis officiis humanitatis imperfecte obligatum habebat, et porro indefinite cum quibus vis hominibus pacta ineamus; perspicuum est, et *tranquillitatem generis humani*, et in specie *custodiam aequalitatis* postulare, ut fides data in pactis servetur”.

⁵²¹ Thomasius (1713) ad Dig. 2.14, 61: „Hodie ex omni pacto actionem dari, consentit *Us. mod. § 1*. Quae vero § 2 disputantur adversus Dd. negantes, quod iure canonico ex pacto nudo detur actio, ad nos non pertinent, quia apud Germanos etiam ante receptionem iuris canonici ex pactis data fuit actio iam tempore Taciti, ut recte notatur *ibid. § 3*”. Zob. niżej, 2.7.3.2.

uczonych⁵²². W innym miejscu wspominał Thomasius o tym, że pogląd według którego obietnice winny być zachowywane wynikał i z zasad prawa natury, i z praw rzymskich, i ze zwyczajów germańskich⁵²³.

Thomasius uznawał zatem wiążącą moc wszystkich umów, ale wywodził ją z natury człowieka i choć słyszał o kanonistycznej doktrynie o zaskarżalności wszystkich umów, to nie uważał jej za wartą omówienia w ramach swoich głównych prac. U prawnika łączonego ze szkołą prawa natury takie podejście oczywiście nie dziwi, skoro prawo kanoniczne i kanonistyka w niczym nie były potrzebne dla uzasadnienia proponowanej doktryny: można ją było oprzeć na prawie natury, a nawet na prawach germańskich czy na prawie rzymskim. Było to tym bardziej uzasadnione, że od Thomasiusa datuje się metodyczne rozdzielanie prawa od moralności⁵²⁴. Podobnie więc jak w przypadku Grocjusza czy Pufendorfa można dostrzec funkcjonalne podobieństwo między poglądami Thomasiusa a obowiązkiem zachowywania umów według kanonistów: uzasadnienie wiążącego charakteru umów opierało się na uznaniu jakiegoś obiektywnego porządku, z którego wynikały nakazy etyczne. Choć nie było to więc formalne powołanie się na autorytet kanonistów, to taka forma budowania uzasadnienia może wskazywać na faktyczne oddziaływanie kanonistyki, choć nie było to oddziaływanie uznane w doktrynie. Należy jednak podkreślić, że inne było rozumienie wymogów tego, co wynika z natury, u Rzymian, a inne u jusnaturalistów. Dla Rzymian natura była pewnym obiektywnym porządkiem, do którego odwoływano się w argumentacji prawniczej, a tylko w pewnym zakresie włączano jego elementy do prawa pozytywnego. Dla szkoły prawa natury kluczowe było rozumowe opracowanie aksjomatów uznanych za powszechne i wykorzystanie ich do budowy systemu prawnego⁵²⁵. Zatem ten obiektywny porządek, który łączył argumentację kanonistów ze szkołą prawa natury stanowi podobieństwo tylko funkcjonalne, gdyż w istocie był rozumiany zupełnie inaczej.

⁵²² Thomasius (1713) ad Dig. 2.14, 61: „Quoad usum forensem totius tituli notes. Doctrina Romana de pactis partim continet requisita generalia conventionum humanarum ex regulis iuris naturalis et natura actionum humanarum deducenda, et eatenus ea haud dubie usum habent in foris Germaniae, quamvis hic usus non proprie sit usus iuris Romani, quia illa requisita obtinuerunt apud Germanos haud dubie ante Iustinianum; partim continet iura peculiariter Romanorum, scilicet differentiam inter pacta et contractus, item inter pacta nuda, legitima et adiecta, et eatenus fatentibus doctoribus ipsis in Germania nullum habent usum (...)”.

⁵²³ Thomasius (1713) ad Dig. 2.14, 63: „Scilicet verius est, promissa esse servanda, sive promiseris te daturum, sive facturum, tam secundum principia iuris naturae, quam secundum leges Romanas et mores Germaniae”.

⁵²⁴ Jarra (1923) 162-163.

⁵²⁵ Zob. Sójka-Zielińska (1973) 10-18.

2.6.4.3. Christian Wolff

Christian Wolff (1679-1754)⁵²⁶ był kontynuatorem myśli poprzedników ze szkoły prawa natury, ale jego znaczący wpływ na późniejszą jurysprudencję wynikał z tego, że nie pisał on tylko po łacinie, ale jego główne dzieło, *Institutiones iuris naturae et gentium*, zostało wydane także po niemiecku pod tytułem *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*. System prawa natury opracowany przez Wolffa miał dużą siłę oddziaływania także przez to, że jego uczniowie wpływali bezpośrednio na kształt pierwszych kodyfikacji⁵²⁷. Zdaniem Klaus-Petera Nanza to w opracowaniach Wolffa doszło do końcowego ukształtowania ogólnego nowożytnego pojęcia umowy, ze wszystkimi istotnymi elementami, jak np. złożenie oferty i jej przyjęcie, swoboda co do formy i treści umowy, uznanie konsensu za przyczynę umowy⁵²⁸.

W związku z tym szczególnie warto przyjrzeć się temu, w jaki sposób Wolff rozumiał obietnicę. Dla Wolffa zobowiązanie doskonałe (*obligatio perfecta*) było to takie zobowiązanie, do którego wykonania jedna strona mogła zmusić drugą⁵²⁹. Według niego obiecujący zobowiązywał się doskonale (*perfecte*) wobec drugiego – nie było możliwe powstanie takiego zobowiązania między stronami bez obietnicy, która opierała się na oznajmieniu woli⁵³⁰. Skoro za pomocą obietnicy powstawało prawo doskonałe, to dla Wolffa było oczywiste, że obietnic należy dochowywać, tzn. dać lub czynić to, co zostało obiecanie⁵³¹. Niemiecki prawnik chętnie w tym kontekście odwoływał się do *fides*: wierność danemu słowu oznaczała stałość woli w zakresie tego, co chciano dać lub czynić. Dać słowo oznaczało świadczyć to, co zostało wyrażone przez wolę wobec drugiego. Naruszenie *fides* polegało więc na tym, że nie było świadczone to, co zostało powiedziane, bowiem kto się zobowiązał wobec drugiego był zobowiązany do zachowania jego zaufania. *Fides* była ściśle

⁵²⁶ Carpintero/Quirós (2004b).

⁵²⁷ Nanz (1985) 164-165.

⁵²⁸ Nanz (1985) 164-169.

⁵²⁹ Wolff (1774) pars 1, cap. 3, § 80, 39: „Ideo *imperfecta* dicitur *obligatio*, cui ut satisfaciatur, nemo cogi potest: sicuti ex adverso *perfecta* vocatur, cui ut satisfaciatur, alter cogi potest. Et propterea porro *Ius perfectum* dicitur, quod coniunctum est cum iure cogendi alterum, si obligationi satisfacere nolit, ut satisfaciatur: *Ius autem imperfectum*, quod ius ad coactionem non continet”.

⁵³⁰ Wolff (1774) pars 2, cap. 7, § 380, 191: „*Promissor* igitur *promissario se perfecte obligat* (§ 80, 379). Cumque de voluntate alterius nobis constare aliter non possit, nisi si ab eo sufficienter indicetur, nec ab alio ius acquirere valeamus, nisi voluntate ipsius (§ 314); *nemo quoque alteri se aliter perfecte obligare potest, nisi promittendo*”.

⁵³¹ Wolff (1774) pars 2, cap. 7, § 388, 194-195: „*Promissum servare* dicitur, qui dat, vel facit, quod se daturum, vel facturum promisit. Cum promissor promissario perfecte se obliget (§ 380), et ius perfectum ad id, quod promissum, acquirat promissarius (§ 97), invito auferri nescium (§ 100); *promissa servanda sunt*”.

złączona z *promissio* – kto zachowywał obietnicę, strzegł także danego słowa i na odwrót⁵³². Idąc dalej w tworzeniu swojego systemu prawa prywatnego Wolff wyodrębnił pojęciowo także *conventio*, którą rozumiał jako czynność dwóch lub wielu opartą na ich wspólnym zgodnym postanowieniu: skoro nie można było zobowiązać się doskonale inaczej niż przez obietnicę, to i *conventio* sama z siebie nie rodziła zobowiązania, ale miała charakter wiążący, o ile zawierała w sobie obietnicę⁵³³. Porozumienie zaś, w którym strony zgadzały się co do tej samej obietnicy zwane było według Woffa *pactum* lub *pactio*, a ponieważ opierało się ono na obietnicy, to i w stosunku do umów prawdziwe było zdanie, że winny być zachowywane. Skoro umowa opierała się na obietnicy, a ta winna być przestrzegana, to i umowy wszystkie miały moc zobowiązującą przez obietnicę⁵³⁴.

W innym miejscu Wolff przeszedł do kolejnego pojęcia, mianowicie *contractus*, pod którym rozumiał czynności, które tworzyły zobowiązania doskonałe, przy czym od razu dodał, że kontrakty nie różniły się według natury od umów (*pacta*)⁵³⁵. Nie odnosił się w swoich rozważaniach do prawa kanonicznego, ale niekiedy wskazywał na stanowisko prawa rzymskiego, np. podkreślając, że różnice między kontraktami nazwanymi i nienazwanymi miały znaczenie tylko w prawie rzymskim⁵³⁶. Można także dodać, że o wadze zachowywania umów wspomniał także w kontekście prawa do żądania wojny przeciw temu, kto nie chciał

⁵³² Wolff (1774) pars 2, cap. 7, § 389, 195-196: „*Fides dicitur constantia voluntatis alteri verbis declaratae de eo, quod facere, vel dare velimus. Fides igitur supponit, ut moraliter vera loquaris, aut moraliter falsa dicta mutato animo in moraliter vera vertas. Hinc fidem dare dicitur, qui affirmat se praestitutum, quod se praestare velle dicit, consequenter alterum certum esse iubet de perseverantia in praesenti voluntate. Unde conficitur, pollicitatorem fidem dare ei, cui sit pollicitatio (§ 382). Fidem fallere dicitur, qui non praestat, quod se praestitutum dixit. Fidem denique alterius adstringit qui eum sibi obligat ad fidem servandam. Atque hinc patet, fidem datam esse servandam, consequenter non fallendam, et pollicitatorem fidem fallere, si non praestat, quae pollicitus. Liqueo porro, qui promissa servat, eum quoque servare fidem, qui non servat, fidem fallere, atque, promissarium acceptando fidem promissoris sibi adstringere (§ 378, 379). Denique non minus manifestum est, qui nude asserit sibi esse animum aliquid praestandi, fidem suam non dare (§ 383) consequenter nec fallere, si non praestat, quod se praestare velle dixit”.*

⁵³³ Wolff (1774) pars 2, cap. 7, § 437, 222: „*Conventio est actus, quo duo vel plures idem decernunt, seu in idem agendum aut non agendum consentiunt. Quamobrem cum nemo sese alteri perfecte obligare possit, nisi promittendo (§ 380); conventiones per se nullam producunt obligationem, sed non obligant, nisi quatenus promissionem continent”.*

⁵³⁴ Wolff (1774) pars 2, cap. 7, § 438, 222-223: „*Conventio, qua duo vel plures in eandem vel easdem promissiones consentiunt, Pactum, sive Pactio appellatur. Quamobrem cum promissa sint servanda (§ 388); pacta quoque servanda sunt. Quoniam itaque pacta omnem vim obligandi a promissione habent (§ 380); quae de promissione demonstrata sunt, ad pacta etiam applicanda”.*

⁵³⁵ Wolff (1774) pars 2, cap. 11, § 514, 266: „*Actus, qui perfectam obligationem producunt, dicuntur Contractus. Quamobrem pacta et contractus naturaliter non differunt (§ 438, 380)”.*

⁵³⁶ Wolff (1774) pars 2, cap. 12, § 667, 370: „*Quid igitur Iure naturali de iis statuendum sit, a nobis explicandum: cum enim Ius Romanum ab eo abeat, diximus alibi, ubi monuimus, differentiam inter contractus nominatos et innominatos esse mere Iuris Romani (...)”.*

zachować zawartą umowę, co stanowiło naruszenie doskonałego prawa do nabycia, które wynikało z umowy⁵³⁷.

Podobnie swoje refleksje na temat sposobów zobowiązania się wyraził w jednym z tomów wielkiego traktatu *Ius naturae methodo scientificum pertractum*. Powtórzył w nim wymóg zachowywania obietnic, z którym wiązało się uprawnienie przyjmującego obietnicę do żądania wykonania świadczenia przez obiecującego, bowiem na tym polegało zachowanie obietnicy⁵³⁸. Odnosił także zachowywanie obietnic do zachowywania *fides*: ten kto świadczył, co obiecał świadczyć, był wierny danemu słowu, więc kto zachowywał obietnicę, zachowywał także *fides*, a kto nie zachowywał obietnicy, czyli nie świadczył tego, co obiecał, naruszał zaufanie drugiej strony⁵³⁹. Należało według Wolffa strzec danego słowa w obietnicy, bowiem jej niedochowanie było niegodziwe⁵⁴⁰. Kto nie zachowywał umowy, także występował przeciw *fides* i zasługiwał na miano wiarołomnego: umowa opierała się bowiem na obietnicy, kto więc nie zachowywał umowy, naruszał obietnicę, a kto nie zachowywał obietnicy naruszał dane słowo i był wiarołomcą⁵⁴¹. Wspominał także i o tym, że z natury rzeczy kontrakty nie różniły się od umów, ponieważ z natury umowy zobowiązywały

⁵³⁷ Wolff (1774) pars 2, cap. 7, § 447, 229: „Quoniam ex pacto acquiritur ius vi adigendi eum, qui servare non vult, ut praestet id, de quo conventum fuit (§ 438, 379), violenta vero iuris sui persecutio bellum est (§ 98); homini competit ius belli adversus eum, qui pactum servare non vult. Quodsi pactum quis violat, consequenter contrarium eius facit, quod in pacto conventum; ius alterius perfectum ad id ex eodem acquisitum violat (§ 97), ac propterea eidem iniuriam facit (§ 87). Quoniam itaque iniuria facta iusta causa belli est (§ 98); pactorum violatio iusta belli causa est”.

⁵³⁸ Wolff (1743) pars 3, cap. 4, § 431, 288-289: „Promissa sunt servanda. Etenim promissor promissario perfecte sese obligat (§ 363), et promissario ad id, quod promissum est, ius perfectum competit (§ 364). Quamobrem promissario competit ius promissorem cogendi, ut praestet, quod se praestitutum promisit (...). Non igitur in arbitrio promissoris positum est, utrum praestare velit, quod se praestitutum promisit, nec ne, sed necesse est ut praestet. Enimvero promissum servat, si praestat, quod se praestitutum promisit (§ 430). Promissa igitur sunt servanda”.

⁵³⁹ Wolff (1743) pars 3, cap. 4, § 759, 537-538: „Qui promissa servat, fidem servat: qui non servat, fidem fallit. Quando enim promissor promissa servat, quod se praestitutum dixit, praestat (§ 430). Enimvero qui praestat, quod se praestitutum dixit, fidem servat (§ 758). Ergo qui promissa servat, fidem servat. Quod erat unum. Qui promissa non servat, is non praestat, quod se praestitutum affirmaverat (§ 430). Enimvero qui non praestat, quod se praestitutum affirmaverat, fidem fallit (§ 758). Ergo qui promissa non servat, fidem fallit. Quod erat alterum”.

⁵⁴⁰ Wolff (1743) pars 3, cap. 4, § 765, 540: „In promissis fidem datam servare debemus; fallere non licet. Promissa enim sunt servanda (§ 431), adeoque non servare ea illicitum est (...). Enimvero qui promissa servat, fidem servat; qui non servat, fidem fallit (§ 759). Quamobrem in promissis fidem datam servare debemus, nec eam fallere licet”.

⁵⁴¹ Wolff (1743) pars 3, cap. 4, § 790, 556-557: „Qui pacta non servat fidem datam fallit: qui contra pacta agit, hoc est, contrarium eius agit, quod pactum, seu conventum fuerat, perfidus est. Quoniam enim pacta promissionem, vel promissiones plures acceptatas continent (§ 785); qui pactum non servat, promissa non servat, et qui contrarium eius agit, quod pactum erat, is contrarium eius agit, quod promissum fuerat. Enimvero qui promissionem non servat, fidem fallit (§ 759), et si promissor contrarium eius facit, quod facturum sese promiserat, perfidus est (§ 768). Quamobrem qui pacta non servat, fidem datam fallit: qui contra pacta agit, hoc est, contrarium eius, quod pactum, seu conventum fuerat, perfidus est”.

doskonale, a kontrakty były porozumieniami, które rodziły doskonale zobowiązania, więc wszystkie umowy były kontraktami i nie mogło między nimi być różnicy⁵⁴².

W tym dziele pojawiły się także wzmianki o dwóch kwestiach, które jak się wydaje pominął Wolff w *Institutiones iuris naturae et gentium*. W paragrafie na temat tego, że zobowiązanie do chowania danego słowa w obietnicy było zobowiązaniem doskonałym dodał on marginalne rozważania na temat praktyki wierności danemu słowu wśród Germanów. Według niego słynęli oni z wytrwałości w zachowywaniu danego słowa. Podał w tym miejscu Wolff szczegółowe rozważania natury nieco bardziej filozoficznej, odwołując się np. do kategorii prawdy jako kryterium oceny tego, co faktycznie wyrażały słowa wypowiedziane przez obiecującego. Przywołał także popularne niemieckie powiedzenie *ein Wort ein Wort, ein Mann, ein Mann*, które było wyrazem germańskiej wierności wobec tego, co zostało powiedziane. Za haniebne w związku z tym uważali także Germanowie kłamstwo, które stanowiło istotne naruszenie *fides*⁵⁴³.

Po wtóre, w paragrafie wyjaśniającym, że umowy z natury, tj. według rozpoznawanego rozumem aksjomatu, rodziły zobowiązanie i dlatego winny być przestrzegane (co wynikało z tego że zawierały w sobie obietnice przyjęte i ważne, a obietnice winny być zachowywane i prowadziły do powstania doskonałego zobowiązania po obu stronach) dodał uwagę historyczną. Otóż według Wolffa prawo rzymskie nazywało niektóre umowy gołymi, przez co uznawało, że były one pozbawione mocy wiążącej. Takie podejście zostało jednak zmienione przez prawo kanoniczne i zwyczaje, a zagadnienie to

⁵⁴² Wolff (1743) pars 3, cap. 4, § 794, 559: „*Naturaliter contractus a pactis non differunt. Naturaliter enim pacta obligant, perfecte scilicet (§ 789), eademque conventiones sunt (§ 788). Quamobrem cum conventiones, quibus perfectae producuntur obligationes, contractus sint (§ 793); naturaliter pacta omnia sunt etiam contractus, consequenter contractus a pactis non differunt*”.

⁵⁴³ Wolff (1743) pars 3, cap. 4, § 775, 547-548: „*Obligatio servandi fidem in promissis perfecta est. Etenim qui promissa servat, fidem servat (§ 759). Sed obligatio servandi promissa perfecta est (§ 363). Ergo etiam obligatio servandi fidem in promissis perfecta est. [czcionka petit] Germani fidei servandae tenacissimi erant, nec quicquam facile tam turpe habebatur, quam fallere fidem. Dictis addendam esse fidem statuebant, ita ut iis tuto fides haberi possit. (...) Unde proverbium: Ein Wort ein Wort; ein Mann ein Mann. Perinde igitur est, ac si dixissent, nisi tibi sit animus in voluntate praesenti perseverandi, teque obligarum esse velis ad addendum verbis factum, dicendum alteri non est, te hoc ipsi praestare velle: quod nostra phrasi ita reddendum; nisi perfecte promittere vis, non dic, te nunc habere animum alteri quid praestandi. Istiusmodi enim dicta supervacua sunt, nec nisi vana spe animum alterius lactant, et odiorum semina sunt. Praestat igitur silere, nisi ea dicere velis, quibus plenam fidem alter habere potest. Dicere, et nondum habere animum dictis addendi factum, nec obligatum esse velle ad factum dictis addendum, mendacio equiparabant Germani, quando ad dicendum verum alteri obligatus (§ 182), cuius quippe interest ut de animo tuo sibi constet. Cum itaque apud eos mendacium turpissimum haberetur vitium; fallere quoque fidem eadem turpitudine censeri debebat*”.

lepiej pasowało według niego do teorii prawa cywilnego naturalnego niż do samego prawa natury⁵⁴⁴.

Spojrzenie w głąb systemu opracowanego przez Wolffa pozwala uznać przede wszystkim, że skonstruował on nakaz zachowywania danego słowa, obietnicy i umów w sposób bardzo techniczny, wywodząc go z natury obietnicy⁵⁴⁵. Udało mu się zdefiniować szereg istotnych dla prawa umów pojęć i w taki sposób uporządkować relacje między nimi, że z natury rzeczy wynikał obowiązek zachowywania obietnic i umów. Można nazwać takie uzasadnienie swobody umów – bo o niej można także mówić w kontekście doktryny Wolffa – dogmatycznym, tj. zawężonym do refleksji czysto prawniczej, w przeciwieństwie do uzasadniania wierności umowom w ramach prawa kanonicznego. Jego uzasadnienie było podobne do koncepcji wcześniejszych teoretyków szkoły prawa natury w tym zakresie, w jakim Wolff powoływał się na aksjomat prawa natury, ale wydaje się, że stosując metodę demonstratywną w swoich dociekaniach przeszedł do analizy ściśle dogmatycznej⁵⁴⁶. Świadczy to m.in. o tym, że gdy Wolff pisał swoje dzieła było oczywiste, że wszystkie umowy miały jednakową moc wiążącą, a co za tym idzie nie wymagała ona dodatkowego uzasadniania⁵⁴⁷. Wolff zatem podkreślił w wielu miejscach, że obietnice i umowy winny być zachowywane, ale trudno uznać by opierał ten nakaz na podstawie filozoficznej czy teologicznej. Wzmiankował wprawdzie znaczenie prawa kanonicznego, zwyczajów czy prawa germańskiego dla rozwoju prawa umów, ale nie przywiązywał do ich wpływu większej wagi. Była to zatem koncepcja umowy, która zakładała jej moc wiążącą, ale nie w oparciu o prawo natury, lecz raczej w oparciu o prawo po prostu, które domagało się by obietnice były zachowywane.

2.6.4.4. Daniel Nettelbladt

Warto jako ostatniego autora reprezentującego niemiecki jusnaturalizm wskazać Daniela Nettelbladta (1719-1791)⁵⁴⁸, który był prekursorem w zakresie wyodrębniania części generalnej prawa prywatnego w swoich pracach, kontynuując w tym zakresie zastosowanie

⁵⁴⁴ Wolff (1743) pars 3, cap. 4, § 789, 556: „Pacta naturaliter obligant, seu servanda sunt. Continent enim promissionem, vel promissiones plures acceptatas (§ 788), adeoque validas (§ 365). Sed promissa sunt servanda (§ 431), et promissor promissario perfecte obligatur (§ 363). Quamobrem pacta quoque servanda sunt, et naturaliter obligant paciscentes. [czcionka petit] Civile adeo est, quod iure Romano pactis nonnullis, quae ideo nuda vocantur, detrahatur vis obligandi: quod tamen iure Canonico et moribus nostris mutatum. Sed de eo rectius agetur in theoria iuris civilis naturali, quam partem Iuris naturae facimus”.

⁵⁴⁵ Nanz (1985) 168.

⁵⁴⁶ Nanz (1985) 168.

⁵⁴⁷ Nanz (1985) 168.

⁵⁴⁸ Rosende (2004).

metody demonstratywnej⁵⁴⁹. Przede wszystkim napisał on trzy *Systema elementare universae iurisprudentiae* poświęcone prawu naturalnemu, prawu cesarstwa rzymskiego stosowanego przez Niemców oraz prawu germańskiemu.

W pierwszym ze wskazanych *Systema* jurysta w ogóle nie odniósł się do kwestii zaskarżalności i mocy wiążącej umów. Wzmianką najbardziej zbliżoną do wcześniejszych teoretyków szkoły prawa natury był chyba jeden z przedstawianych przezeń podziałów umów dotyczący tego, czy umowa zmieniała czy znosiła wcześniejsze zobowiązanie. Umowy dzielił na nakładające obowiązek, zwalniające z obowiązku i mieszane. Wspomnił przy tym mimochodem, że każda umowa (pod tym ogólnym pojęciem rozumiał nie tylko *pacta* ale i np. *contractus*) zobowiązywała obiecującego do świadczenia tego, co obiecał⁵⁵⁰. Trudno jednak znaleźć w tym dziele szersze odniesienie do kwestii wiążącej mocy wszystkich umów według prawa natury.

W *Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis imperii romano germanici* Nettelbladt omawiając wstępnie zobowiązania z umów i z kontraktów wskazał, że według prawa natury i prawa rzymskiego wszystkie umowy rodziły zobowiązanie naturalne, ale nie wszystkie tworzyły zobowiązanie cywilne⁵⁵¹. Na tej różnicy zasadzał się także podział na umowy gołe i umowy, które nie były gołe⁵⁵². Dalej podał, że według prawa germańskiego ustał podział umów według tego czy tworzyły zobowiązanie cywilne, a bardziej odpowiednie było uznanie, że umowy tworzyły zobowiązanie według prawa natury i prawa germańskiego. Według niego niektóre z rzymskich podziałów umów nie miały już zastosowania dla oceny zobowiązującej mocy umów, ale zachowały przydatność doktrynalną⁵⁵³. Na koniec dodał, że mimo wszystko nawet wśród Germanów niekiedy znaczenie miała forma umów, ponieważ

⁵⁴⁹ Wieacker (2003) 256; Dajczak (2018) 53-55.

⁵⁵⁰ Nettelbladt (1767) *iurisprudentia naturalis strice sic dicta*, pars 2, lib. 1, sectio 1, membrum 2, cap. 2, (A), tit. 1, § 641, 239: „Dividuntur pacta II) in *obligatoria, liberatoria* et *mixta*. Licet enim omne pactum obliget promissorem ad praestandum quod promisit, id quod promisit tamen in eo differt, quod, vel efficiat novam obligationem induci, vel anteriorem tolli, vel utrumque simul fieri, indeque in primo casu *obligatoria*, in secundo *liberatoria*, in tertio *mixta* pacta sunt”

⁵⁵¹ Nettelbladt (1749) t. 2, pars 1, tit. 4, § 326, 284-285: „Prout secundum *Ius Nat. ita etiam secundum Ius Rom. omnia pacta ius et obligationem producunt, sed non nisi naturalem. Civilis obligatio vero non omnibus pactis communis est, sed potius praeter consensum aliud quid accedere debet, quo mediante pacta obligationem civilem accipiunt (...)*”.

⁵⁵² Nettelbladt (1749) t. 2, pars 1, tit. 4, § 327, 285-286: „Hinc oritur divisio pactorum in *pacta nuda*, quae sunt pacta, iis, quae obligationem civilem pactorum producunt, destituta, et *pacta non nuda* seu *vestita*, quae sunt pacta, non destituta iis, quae obligationem civilem producunt”.

⁵⁵³ Nettelbladt (1749) t. 2, pars 1, tit. 4, § 338, 290: „Secundum *Ius Germanicum cessat ea pactorum differentia, quod alia producant obligationem civilem, alia non, et potius quoad obligationem quae pacta producunt ius naturae, et ius Germ. conveniunt. Ut itaque divisio pactorum secundum ius Rom. in nuda et non nuda, et non nudorum subdivisio in pacta legitima, contractus, et pacta adiecta, contractuumque subdivisio primo (§ 329 seqq.), quoad vim obligandi pactorum nullum habeat usum, etsi omnino hae pactorum divisiones habeant usum doctrinalem*”.

mogła wpływać na moc zobowiązania cywilnego⁵⁵⁴. Choć we wskazanych fragmentach nie było żadnych odniesień do prawa kanonicznego, to warto podkreślić, że w ogólności Nettelbladt miał w nim dobre rozeznanie, o czym świadczyło uwzględnianie prawa kanonicznego w innych miejscach jego *Systema*.

W ostatnim *Systema* zbierającym naukę prawa germańskiego fragmentem najbardziej zbliżonym do badanego zagadnienia było zdaje się krótkie omówienie tego, czym były umowy jako jeden z trzech przykładowych sposobów pośredniego zaciągania zobowiązań, tj. takiego, które zależało od specjalnego działania człowieka. Według prawa germańskiego pierwszy sposób stanowiły *pollicitationes* złożone wobec państwa bądź ogółu obywateli albo wobec Boga, drugi – *pacta*, zaś trzecim było *iuramentum promissorium*. W przypadku pierwszego sposobu pojawiło się odniesienie do Boga, zaś w trzecim Nettelbladt wskazał na duże znaczenie źródeł prawa kanonicznego (przywołując dwa przykłady), jednak to właśnie drugi sposób wymaga krótkiego przedstawienia. W omówieniu umów wskazał on, że prawo rzymskie daleko odeszło od prawa natury i od praw germańskich, bowiem nie uznawało, że wszystkie umowy rodziły zobowiązania mieszane, choć co innego mogło wynikać z ogólnej wymowy przywołanego cytatu z komentarza Ulpiana do edyktu. Według Nettelbladta doktryna umowna powinna być ujęta w ramy ogólnej teorii umów opierającej się na zasadach rzymskich oraz jurysprudencji prywatnej, ale uznał, że nie było to stosowne miejsce na jej przedstawianie⁵⁵⁵.

Z tych bardzo ogólnych uwag trudno wyciągać daleko idące konkluzje, ale wydaje się, że Nettelbladt dał w nich wyraz przekonaniu o nieaktualności rzymskiego podejścia do umów w ówczesnych warunkach. Według niego z perspektywy prawa germańskiego znacznie szerzej niż w Rzymie należało postrzegać wiążącą moc wszystkich umów. Pozostaje pytanie, na ile takie przekonanie było oparte na historycznej wiedzy, a na ile było raczej mitologizowaniem

⁵⁵⁴ Nettelbladt (1749) t. 2, pars 1, tit. 4, § 339, 291: „Etsi vero secundum ius Germ. dictae pactorum divisiones, quoad vim civiliter obligandi non habeant locum, alia tamen datur pactorum differentia, quoad vim civiliter obligandi, dum nonnunquam in germania pacta, ut valida sint, certas solemnitates requirunt, nonnunquam non. Unde in *solemnia* et *minus solemnia* pacta non incongrue dividi possunt, quoad effectum civilem obligationem producendi in germania. BRENEISEN (...)”.

⁵⁵⁵ Nettelbladt (1781) liber 1, sectio 4, membrum 2, cap. 1, tit. 3, § 301, 182-183: „Sunt porro et praesertim II) *pacta* (§ 76) istiusmodi actus per quos mediate obligatio contrahitur. In hac doctrina, quae omnino quoad generalia de pactis principia ad hanc iurisprudentiali partem referri debet, Ius. Rom. multum recedit, nonsolum a Iure Nat. sed et a reliquis legibus positivis Germanorum, praesertim in eo, *quod non omnia pacta secundum Ius Rom. producunt obligationem mixtam* (§ 278), etsi ULPIANUM in *l. 1 ff. de pactis* [Dig. 2.14.1.pr.] sic loquentem audiamus: *Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?* Licet itaque hoc loco generalis theoria de pactis tradi posset, consultius tamen duco, cum, quae hic iuris positivi sunt, potissimum Iuri Rom. debeant originem et in iurisprudentiali privata usum praestent, doctrinam de pactis, etiam quoad generalia Iur. Rom. principia de iis, ad iurisprudentialiam privatam remitti”.

zasady, które miało służyć wzbogaceniu argumentu opartego na aksjomacie prawa natury, tak jak go zaprezentowali Pufendorf czy Wolff.

2.6.5. Francuscy teoretycy szkoły prawa natury

2.6.5.1. Jean Domat

Jean Domat (1625-1696)⁵⁵⁶ zbudował swój traktat *Les loix civiles dans leur ordre naturel* wychodząc od uznania, że zawieranie porozumień było naturalnym następstwem społeczeństwa cywilnego i relacji, jakie Bóg stworzył między ludźmi. Dla zaspokojenia ich potrzeb uczynił on koniecznym wzajemne korzystanie z pracy i handel rzeczami, co odbywało się głównie za pośrednictwem porozumień⁵⁵⁷. Skoro zatem Domat przyjął, że porozumienia były fundamentem prawa cywilnego, od nich rozpoczął przedstawianie swojego wykładu prawa natury⁵⁵⁸. Sam tytuł jego traktatu wskazywał, że Domat postrzegał prawo jako system odwołujący się do obiektywnego ładu natury. Lektura już tylko pierwszej sekcji jego traktatu wystarczyła by uznać, że Domat przyjmował za pewnik swobodę umów w zakresie formy i treści oraz przyjął założenia tworzące ogólną teorię umów. Jego traktat był zbudowany na przyjętych z góry generalnych aksjomatach, na których tworzył bardziej szczegółowe koncepcje⁵⁵⁹ – swoboda umów była jednym z takich właśnie prawnonaturalnych aksjomatów. Za jej podstawę obrał termin *convention*, w którym zawierały się wszelkiego rodzaju kontrakty, traktaty i umowy⁵⁶⁰, a pod którym rozumiał zgodę dwóch lub więcej osób na stworzenie między nimi zobowiązania, jego rozwiązanie lub zmianę⁵⁶¹. Strony zawierające umowę miały wolność w zakresie kształtowania treści porozumienia, zależnie od ich potrzeb⁵⁶². Podstawą dla porozumienia była według Domata *causa*⁵⁶³, a zawierane było ono

⁵⁵⁶ Pérez Álvarez (2004); Sójka-Zielińska (2008) 24-25.

⁵⁵⁷ Domat (1756) partie 1, livre 1, wstęp, 1.19: „L’usage des conventions est une suite naturelle de l’ordre de la société civile, et de liaisons que Dieu forme entre les hommes. Car comme il a rendu nécessaire pour tous leurs besoins, l’usage réciproque de leur industrie et de leur travail, et les différents commerces des choses; c’est principalement par les conventions qu’ils s’en accommodent”. Zob. Gordley (1991) 109-110.

⁵⁵⁸ Nanz (1985) 187-188.

⁵⁵⁹ Sójka-Zielińska (2008) 25.

⁵⁶⁰ Domat (1756) partie 1, livre 1, titre 1, section 1, num. 1, 1.20: „Ce mot de convention est un nom général, qui comprend toute sorte de contrats, traités, et pactes de toute nature”.

⁵⁶¹ Domat (1756) partie 1, livre 1, titre 1, section 1, num. 2, 1.20: „La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entr’eux quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour y changer”.

⁵⁶² Domat (1756) partie 1, livre 1, titre 1, section 1, num. 3, 1.20: „La matière des conventions est la diversité infinie des manières volontaires dont les hommes règlent entr’eux les communications et les commerces de leur industrie et de leur travail et de toutes choses, selon leurs besoins”.

⁵⁶³ Domat (1756) partie 1, livre 1, titre 1, section 1, num. 5, 1.20: „Ainsi l’obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l’un de contractans, a toujours sa cause de la part de l’autre ; et l’obligation seroit nulle si dans la vérité elle étoit sans cause”.

na mocy samego konsensu stron, co było według niego słuszne i dla umowy sprzedaży⁵⁶⁴. W związku z tym strony miały także swobodę co do formy zawieranego porozumienia, byle wyrażony został należycie rzeczony konsens⁵⁶⁵. Wskazał także Domat na dwa ograniczenia szeroko rozumianej swobody umów, czyli możliwości zawierania wszelkich porozumień, tj. prawo oraz dobre obyczaje⁵⁶⁶.

W związku z tymi wszystkimi zastrzeżeniami nie dziwi, że dla francuskiego prawnika i porozumienia, które miały swoją nazwę, i te, które jej nie miały, taki sam miały skutek i tak samo wiązały tego, z kim zostały uzgodnione; nie wymagał więc on np. by w przypadku umowy wzajemnej można było jej dochodzić dopiero po spełnieniu świadczenia przez jedną stronę⁵⁶⁷. Domat uważał także, że zawarcie porozumienia tworzyło prawo do żądania wykonania tego, co zostało obiecanie⁵⁶⁸; postrzegał porozumienie jako *lex privata*, czyli prawo między stronami posiadające moc podobną ustawie, zaś sam obowiązek zachowywania umów uważał za oczywisty⁵⁶⁹. Stosując tak ogólne pojęcie porozumienia Domat odrzucił więc niektóre rozróżnienia i subtelności istotne dla prawa rzymskiego⁵⁷⁰, jednocześnie przyjmując swobodę umów bez formalnego odniesienia do starszej doktryny, choć swoje propozycje opierał formalnie na źródłach rzymskich przywołanych pod poszczególnymi punktami. Nie było dla niego celowe sięganie do wcześniejszych autorów, skoro było jasne, że porozumienia wymagały zachowywania i wszystkie tak samo tworzyły zobowiązania. Warto na koniec podkreślić, że ogólne rozważania o umowie Domat umieścił na początku swojego traktatu: wyraźnie wskazuje to, że zbudował on ogólną koncepcję umowy, na której następnie osadził pozostałe elementy swojego systemu.

⁵⁶⁴ Domat (1756) partie 1, livre 1, titre 1, section 1, num. 8, 1.20: „Les conventions s’accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté reciproquement. Ainsi la vente est accomplie par le seul consentement, quoique la marchandise ne soit pas délivrée, ni le prix payé”.

⁵⁶⁵ Domat (1756) partie 1, livre 1, titre 1, section 1, num. 10, 1.21: „Le consentement qui fait la convention, se donne ou sans écrit, ou par écrit. La convention sans écrit se fait ou verbalement, ou par quelqu’autre voie, qui marque ou présuppose le consentement. Ainsi celui qui reçoit un dépôt, quoique sans parler, s’oblige aux engagements des dépositaires”.

⁵⁶⁶ Domat (1756) partie 1, livre 1, titre 1, section 2, num. 1, 1.21: „Les conventions devant être proportionnées aux besoins où elles se rapportent, elles sont arbitraires, et telles qu’on vent ; et toutes personnes peuvent faire toutes sortes de conventions, pourvû seulement que la personne ne soit pas incapable de contracter, et que la convention n’ait rien de contraire aux loix et aux bonnes mœurs”.

⁵⁶⁷ Domat (1756) partie 1, livre 1, titre 1, section 1, num. 8, 1.20: „Mais toutes les conventions soit qu’elles ayent ou n’ayent point de nom, ont toujours leur effet, et elles obligent à ce qui est convenu”. Zob. Spies (1928) 235.

⁵⁶⁸ Domat (1756) partie 1, livre 1, wstęp, 1.19: „Les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes qui se font entr’eux une loi d’exécuter ce qu’ils promettent”.

⁵⁶⁹ Nanz (1985) 189.

⁵⁷⁰ Spies (1928) 234; Nanz (1985) 189.

2.6.5.2. Robert-Joseph Pothier

W przypadku *Traité des Obligations*, którego autorem był Robert-Joseph Pothier (1699-1772)⁵⁷¹, także wystarczy sięgnąć do pierwszych ustaleń autora, które zdradzają jego poglądy na temat wiążącej mocy umów. Traktat ten uchodzi za najważniejsze dzieło Pothiera, które opracował po pracach poświęconych prawu zwyczajowemu i prawu rzymskiemu. Dla Pothiera umowa była pierwszoplanowym źródłem zobowiązań, a jego ogólny wykład o umowie to twórcza synteza prawa rzymskiego i prawa natury⁵⁷². Także dla niego naturalny, obiektywny ład w świecie był oczywisty, a wynikał zwłaszcza z chrześcijańskiej wizji świata, czego wyrazem był choćby podtytuł jego traktatu: było to prawo zobowiązań według reguł tak forum sumienia, jak i forum zewnętrznego (*selon le règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*), przez co zresztą nazywa się Pothiera także „benedyktynem prawa”⁵⁷³. W swoim dziele podążał on za wykładem Domata, czego pierwszym i najlepszym przykładem było oparcie definicji *convention* na definicji Domata: Pothier uznał przy tym, że kontrakt jest rodzajem porozumienia i dlatego na wstępie należało zdefiniować czym było porozumienie, zaś sam termin *convention* był synonimem *pacte*⁵⁷⁴. Od razu także zastrzegł, że nie miały już znaczenia zasady prawa rzymskiego co do różnych podziałów umów i odróżniania umów prostych od kontraktów, ponieważ nie były osadzone na prawie naturalnym, które i dla Pothiera było wyrazem obiektywnego ładu. Były zbyt dalekie od prostoty i nie były przyjmowane w prawie francuskim, więc zainteresowanych tym tematem odesłał Pothier do swojego wydania *Pandektów*⁵⁷⁵. Stąd też przedstawił inną niż rzymska definicję kontraktu, do której dodał wyjaśnienie, że obietnica zobowiązania się wobec drugiego oznaczała taką obietnicę, która czyniona była z zamiarem zobowiązania się i została przyjęta przez drugą stronę. Wtedy bowiem powstawało na jej mocy prawo do żądania

⁵⁷¹ De Aguirre (2004); Kaczmarczyk/Wojciechowski (2012).

⁵⁷² Kaczmarczyk/Wojciechowski (2012) 22-25; Meyer-Pritzl (2016).

⁵⁷³ Meyer-Pritzl (2016) 290.

⁵⁷⁴ Pothier (1835) partie 1, chapitre 1, section 1, article 1, § 1, num. 3, 1.4: „Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention. Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes) est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, ou pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier: *Duorum vel plurium in idem placitum consensus. L.1 § 2 ff. de pact.* [Dig. 2.14.1.2.] *Domat P.1 L.1 T.1*”.

⁵⁷⁵ Pothier (1835) partie 1, chapitre 1, section 1, article 1, § 1, num. 3, 1.4: „L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu'on appelle *contrat*. Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très-éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit: ceux qui seront curieux de les savoir pourront consulter le titre *de Pact. in pand. justin.* où ils sont détaillés”.

spełnienia zobowiązania, które tworzyło i kontrakt, i porozumienie⁵⁷⁶. Następnie opisał nieco szerzej te obietnice, które były czynione bez takiego zamiaru, a więc nie powstawało z nich zobowiązanie i kontrakt, choć były źródłem zobowiązania niedoskonałego, o którym wspomniał Pothier także na wstępie, że odpowiadało się z jego tytułu tylko przed Bogiem. Takie obietnice dotyczyły forum wewnętrznego, jak np. zobowiązania dobroczynne, z wdzięczności, czy też jałmużna⁵⁷⁷. Skoro zaś rozróżnienie rzymskie na kontrakty nazwane i nienazwane nie miało już znaczenia, do wszystkich kontraktów należało stosować reguły ogólne⁵⁷⁸.

Z tych generalnych uwag wynika jasno, że dla Pothiera tak oczywiste było to, że umowy muszą być przestrzegane, że nie wymagało to przywoływania szczególnych podstaw dla takiej zasady⁵⁷⁹. Nakaz zachowywania umów wynikał z naturalnego porządku rzeczy, na którym Pothier opierał swoją koncepcję, zatem nie wymagał dodatkowego wyjaśnienia – zasadom prawnym towarzyszyły z natury rzeczy zasady moralne⁵⁸⁰. Wskazywało na to także to, że nic zobowiązaniom nie dodawała ewentualna towarzysząca im przysięga – nie zwiększała ona znaczenia zobowiązania, a sama z siebie nie mogła też sprawić by zobowiązanie powstało⁵⁸¹. Ważne było by powstające zobowiązanie miało uczciwą przyczynę, ale szczegółowe wymogi co do formy i treści ukształtowane zostały przezeń bardzo elastycznie⁵⁸². Osiągnięciem Pothiera było zaproponowanie ogólnego modelu kontraktu odpowiedniego do zastosowania dla wszystkich kontraktów, co według Pio Fedele miało swoje podstawy w jego „głęboko chrześcijańskim sumieniu”⁵⁸³, ale wydaje się, że poza odniesieniem do Boga w zakresie zobowiązania niedoskonałego ważnego dla forum wewnętrznego, dla Pothiera teologiczne, a nawet moralne, uzasadnienie wiążącej mocy

⁵⁷⁶ Pothier (1835) partie 1, chapitre 1, section 1, article 1, § 1, num. 3, 1.4-5: „mais on le doit définir: une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose (...). J'ai dit *promettent et s'engagent*; car il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons, le droit d'en exiger l'accomplissement, qui forment un contrat et une convention”.

⁵⁷⁷ Pothier (1835) article préliminaire, 1.1: „On appelle obligations *imparfaites*, celles dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu, et qui ne donnent aucun droit à personne pour en exiger l'accomplissement, pas même dans le for intérieur, tels sont les devoirs de charité, de reconnaissance, telle est encore, par exemple, l'obligation de faire l'aumône de son superflu, et autres semblables”.

⁵⁷⁸ Pothier (1835) partie 1, chapitre 1, section 1, article 2, num. 9, 1.10: „La division que le droit romain fait des contrats en contrats nommés et innomés est proscrite aujourd'hui: et tous les contrats, soit qu'ils aient une dénomination, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales”.

⁵⁷⁹ Nanz (1985) 191.

⁵⁸⁰ Kaczmarczyk/Wojciechowski (2012) 22.

⁵⁸¹ Spies (1928) 251-252.

⁵⁸² Pothier (1835) partie 1, chapitre 1, section 1, article 3, § 6, num. 40, 1.32: „Tout engagement doit avoir une cause honnête”.

⁵⁸³ Fedele (1937) 90.

wszystkich porozumień nie miało kluczowego znaczenia w ramach samej doktryny. Wprawdzie moc umów była zakorzeniona w naturalnym ładzie chrześcijańskiego świata, ale w ramach konstrukcji Pothiera właściwe miejsce znalazła ona w dogmatycznej analizie prawa.

2.6.6. Wnioski

Szkoła prawa natury jest dziś powszechnie łączona z zasadą *pacta sunt servanda*⁵⁸⁴, co – jak wykazała analiza źródeł – nie jest bezzasadne. Zasada ta oparta została na prawie natury, którego istotą było rozumowe poznanie obiektywnego ładu w świecie. Uznano, że przestrzeganie umów leżało w naturze człowieka a wbrew prawu naturalnemu było łamanie danego słowa i zawartej umowy. Argumentacja jusnaturalistów na rzecz zaskarżalności wszystkich umów (choć chyba lepiej powiedzieć: na rzecz mocy wiążącej wszystkich umów) była niezależna od innych argumentów czy odwołań do innych systemów prawa. Jakkolwiek powoływali się oni na prawo narodów, na prawo germańskie czy na zwyczaje, to te odwołania miały charakter subsydiarny. Stąd też nie było miejsca w ramach refleksji szkoły prawa natury na odwołania do prawa kanonicznego i kanonistyki, choć przyjęcie obiektywnego porządku natury jako podstawy wiążącej mocy umów było funkcjonalnie podobne w obu przypadkach. Sięganie wprost do kanonistyki było zupełnie zbędne, a do tego pośrednio skłaniałoby do przyznania jakiegoś, choćby marginalnego znaczenia prawu Kościoła. Mimo wszystko jednak, poprzez oddziaływanie autorów drugiej scholastyki na Grocjusza, a przezeń na późniejszą doktrynę, można powiedzieć, że był to jeden z dwóch przykładów wpływu tradycji teologicznomoralnej na rozwój nowożytnego pojęcia kontraktu⁵⁸⁵. Możliwe jest także spojrzenie szersze na tę kwestię: skoro jusnaturaliści opierali przekonanie o wiążącej mocy umów na dogmatyce zbudowanej w oparciu o rozpoznany obiektywny ład świata, to można uznać to za podobieństwo funkcjonalne do sposobu, w jaki swoje uzasadnienie budowali kanoniści. Szkoła prawa natury nie korzystała więc z ich dorobku wprost, ale co do modelu budowy uzasadnienia skuteczności umów wiele łączyło ją z kanonistyką.

Można przy tym odnieść wrażenie, że szkoła prawa natury odkryła to, co zostało już odkryte⁵⁸⁶. Wszak podobną drogę przeszła w średniowieczu doktryna kanonistyczna, odnajdując w nakazie teologicznym podstawę dla stworzenia ram prawnych w celu jego

⁵⁸⁴ Zob. np. Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bériar (2018) 108.

⁵⁸⁵ Nanz (1985) 143.

⁵⁸⁶ Schnitzer (1975) 348.

realizacji. Podobnie tutaj: rozpoznanie naturalnego wymogu przestrzegania umów prowadziło do opracowania ogólnej teorii umowy, która zakładała swobodę co do treści i formy umowy, przez co traciły na znaczeniu rzymskie ograniczenia kształtujące myślenie o umowach. W porównaniu z kanonistami szkoła prawa natury zmieniła więc punkt wyjścia dla budowy uzasadnienia swobody umów, ale funkcjonalnie oba modele uzasadnienia były do siebie zbliżone. W tym sensie trudno nazwać ich dorobek ponownym odkryciem tego, co już było znane – była to raczej zmiana etykiety przy zachowaniu ogólnych cech modelowych.

Oddziaływanie szkoły prawa natury było jednak daleko bardziej skuteczne i trwałe niż prawa kanonicznego: do dziś to właśnie prawo Rozumu łączy się powszechnie z zasadą *pacta sunt servanda* oraz z postulatem przestrzegania wszystkich umów. Stało się tak w znacznej mierze dzięki temu, że to ta szkoła wywarła istotny wpływ na pierwsze kodyfikacje prawa prywatnego⁵⁸⁷. Tendencja do dogmatyzowania prawa dała podstawy do ufundowania na prawie natury całych kodeksów prawa prywatnego. „Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten z 1794 r. stanowił syntezę dorobku niemieckiego prawa natury”⁵⁸⁸ zaś Domat i Pothier uważani są za ojców *Code civil*⁵⁸⁹. W ten sposób odkrycie swobody umów na trwałe zostało związane z dorobkiem szkoły prawa natury.

2.7. USUS MODERNUS – RECEPCJA I ZAPOMNIENIE

2.7.1. Uwagi wprowadzające

Istotnym nurtem refleksji prawniczej, który na trwałe ukształtował europejskie prawo prywatne był *usus modernus Pandectarum*⁵⁹⁰. Opierał się on na dostosowaniu prawa rzymskiego do zwyczajów germańskich w celu jego praktycznego wykorzystania w sądach⁵⁹¹. Na potrzeby tego podrozdziału przyjęto szerokie rozumienie specyfiki jurysprudencji *usus modernus*, tzn. uwzględniono w ramach tego nurtu także prawników, którzy połączyli metodę *usus modernus* z systematyką prawa natury⁵⁹². Głównym kryterium była więc działalność wybranych autorów w szeroko rozumianym świecie prawa germańskiego w powiązaniu z

⁵⁸⁷ Zob. Sójka-Zielińska (1973) 10-22; Nanz (1985) 170-196.

⁵⁸⁸ Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bériar (2018) 113.

⁵⁸⁹ Nanz (1985) 187; miała zaś szkoła prawa natury wpływ także na kodyfikację prawa w Austrii, zob. np. Wesener (1984).

⁵⁹⁰ Ogólnie o *usus modernus* zob. np. Söllner (1977) 501-516; Wieacker (2003) 154-195; Wesener (2014).

⁵⁹¹ Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bériar (2018) 110-111.

⁵⁹² Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bériar (2018) 111.

metodą nowoczesnego zastosowania prawa rzymskiego⁵⁹³. Ważną cechą łączącą tych jurystów była także ich denominacja – nie było wśród nich katolików, co miało znaczenie dla ukształtowania ich doktryny.

Recepcja doktryny kanonistycznej miała w ramach *usus modernus* zróżnicowany charakter, zależny od kilku czynników, zwłaszcza zaś od czasu powstania danej pracy oraz gatunku dzieła⁵⁹⁴. Analiza wybranych tekstów źródłowych ma na celu określenie charakteru recepcji doktryny kanonistycznej przez naukę prawa *usus modernus Pandectarum*, a do jej przeprowadzenia zostały wybrane teksty źródłowe najbardziej uznanych autorów tego nurtu z wieków XVII i XVIII⁵⁹⁵. Źródła, które zostaną przedstawione wybrano na podstawie dwóch kryteriów, to jest ich popularności (oddziaływanie na późniejszych autorów, ale także np. ilość wydań) oraz ich wkładu w naukę o prawie umów (ocenianego w szczególności według literatury przedmiotu⁵⁹⁶). W tym kluczu wybrano prace Struvego, Stryka, Böhmera, Heinecciusa, Höpfnera i Glücka.

Dodatkowo podrozdział otwiera analiza dwóch dzieł poświęconych porównywaniu prawa rzymskiego i prawa kanonicznego, które także miały wpływ na doktrynę, choć był on ograniczony (ich autorami byli Rittershausen i Maestertius) oraz następnie krótko zostaną wzmiankowane inne tego typu prace. Wprawdzie omówieni zostaną w ramach tego punktu nie tylko przedstawiciele *usus modernus*, lecz także prawnicy nie pochodzący z Niemiec czy będący katolikami, ale wydaje się, że prezentacja literatury porównawczej jest dobrym wprowadzeniem do pogłębionej analizy wybranych prac z zakresu *usus modernus*.

2.7.2. Literatura porównawcza *ius civile* i *ius canonicum*

2.7.2.1. Ogólna charakterystyka literatury porównawczej

Przy omawianiu *usus modernus* warto odrębne rozważania poświęcić recepcji idei kanonistycznych w ramach piśmiennictwa prawniczego koncentrującego się na porównywaniu prawa świeckiego i prawa kanonicznego. W ten zakres wpisuje się zarówno tzw. literatura „porównawcza” czy też „różnicująca” w wąskim znaczeniu

⁵⁹³ W końcowym fragmencie podrozdziału zostaną krótko omówieni autorzy najmniej pasujący do tego zakresu, ale wpisujący się w refleksję o *usus modernus*.

⁵⁹⁴ Na temat różnic w interpretacji dorobku kanonistyki ogólnie w ramach *usus modernus*, z odwołaniem do znacznie większej liczby autorów, zob. Nanz (1985) 107-113.

⁵⁹⁵ Szersze spojrzenie na relacje między *usus modernus* a prawem kanonicznym zob. Wolter (1975) 131-172.

⁵⁹⁶ Np. Seuffert (1881) 130-144; Nanz (1985) 95-134.

(*Differentienliteratur*)⁵⁹⁷, jak i szerzej rozumiana grupa dzieł, które za cel stawiały sobie komparatystykę prawa, choć raczej nie we współczesnym rozumieniu tego terminu⁵⁹⁸. Istota wspomnianej *Differentienliteratur* polegała bardziej na podkreślaniu i uzgadnianiu różnic między porządkami prawnymi, niż na samej czynności porównywania, która jedynie poprzedzała właściwy cel tego rodzaju piśmiennictwa. W ramach tego typu traktatów autorzy koncentrowali swoje działania na zestawianiu odmienności różniących poszczególne porządki prawne, zwłaszcza prawo cywilne i prawo kanoniczne⁵⁹⁹. Prac o takim charakterze powstało na przestrzeni XVI-XVII w. wiele, choć nosiły różne tytuły i różny był poziom ich szczegółowości. W literaturze porównawczej z natury rzeczy autorzy szerzej odnosili się do prawa kanonicznego⁶⁰⁰. *Pars pro toto* poniżej zostanie szerzej scharakteryzowany bodaj najbardziej wpływowy niemiecki traktat reprezentujący *Differentienliteratur* z przełomu XVI i XVII w. oraz jedno wpływowe dzieło porównawcze XVII-wiecznego autora belgijskiego, a dodatkowo wskazane będą inne prace tego typu. Wydaje się niecelowe szersze analizowanie tego typu piśmiennictwa ze względu na jego stosunkowo niewielkie oddziaływanie na główny nurt doktryny prawa, który jest głównym punktem odniesienia w analizie.

2.7.2.2. Konrad Rittershausen

Traktat Konrada Rittershausena (1560-1613)⁶⁰¹ *Differentiarum iuris civilis et canonici seu pontificii* uchodzi za najbardziej wpływowy przykład *Differentienliteratur*⁶⁰². Także ze względu na zakres przedstawienia prawa umów w tej pracy właśnie ona została wybrana do analizy⁶⁰³. Rittershausen zaproponował by prawo umów w ogólności zaliczyć do materii prawa kanonicznego, ponieważ w tym, co dotyczyło moralności, prawo cywilne musiało uwzględniać zdanie prawa kanonicznego⁶⁰⁴. Dzięki zastosowanej przezeń nietypowej systematyce, łatwiej było mu także zaproponować ciekawą interpretację, wedle której *mores hodierni* dostosowały się do rozporządzeń prawa kanonicznego (a była to kwestia

⁵⁹⁷ Tego typu piśmiennictwo wg stanu na początek XVIII w. zebrano np. w: Struve (1725) cap. 6, § 120, 274-275. Z drugiej strony były i prace w tytule zawierające słowo *concordia*, z czego można wnioskować, że przyświecał im nieco odmienny cel – zob. Prosdocimi (1972) 433-437.

⁵⁹⁸ Zob. Zweigert/Kötz (1998) 1-62.

⁵⁹⁹ Pomysł ten nie był nowy, bowiem choćby w średniowieczu powstał szereg prac o podobnym charakterze, zob. np. Portemer (1946). W przypadku *usus modernus* inne były jednak okoliczności i przyczyny powstawania tego rodzaju literatury.

⁶⁰⁰ Schnitzer (1975).

⁶⁰¹ Eisenhart (1889); Duve (2003).

⁶⁰² Schnitzer (1975) 337. *Differentiarum* Rittershausena ukazało się po raz pierwszy po jego śmierci, zaś w sumie wydano je czterokrotnie.

⁶⁰³ Schnitzer (1975) 343-344.

⁶⁰⁴ Rittershausen (1668) prooemium, 10; Schnitzer (1975) 339.

dyskutowana w *usus modernus*)⁶⁰⁵. W rozdziale *De pactis* Rittershausen najpierw przedstawił stanowisko prawa rzymskiego, a potem liczne odstępstwa od zasady *ex pacto nudo non nasci obligationem*. Według niego w Rzymie w praktyce obrotu wystarczała działalność pretora, a przez ograniczenie zaskarżalności umów Rzymianie chcieli uniknąć zbyt dużej ilości spraw: nie było pożyteczne, by tak łatwo doprowadzać do powstawania zobowiązań. Poza tym odpowiadało Rzymianom by zostawić swobodę w zakresie dotrzymywania obietnic: gdyby zmuszano do zachowywania prawa nie byłoby możliwe, żeby w tym zakresie praktykować cnotę, gorliwość i dobrowolność. Rittershausen przedstawił także listę wyjątków od zasady rzymskiej; wyróżnił przy tym wyjątki wynikające z prawa (np. *pactum legitimum* czy *pactum praetorium*) oraz wyjątki opracowane przez jurysprudencję (np. umowy w sprawach kupieckich)⁶⁰⁶.

Dalej przeszedł autor do omówienia podejścia kanonistycznego do tematu związania danym słowem. Szeroko odwołał się do argumentów z doktryny, która według niego była podstawą *communis opinio*, przywołał jednak raczej prawników świeckich a nie kanonistów. Główny wywód wyjaśniający stanowisko prawa kanonicznego oparł na tekstach źródłowych, czyli na dwóch kanonach z tytułu *De pactis* oraz *c. Iuramenti*. Według Rittershausena to, że prawo kanoniczne nakazywało sędziemu działać gorliwie, oznaczało, że jego trosce powierzono sprawę, bowiem sędzia nie działał, o ile nie był poproszony, a proszono go właśnie za pomocą skargi (*imploratur autem per actionem*) – dlatego też umowa musiała dawać skargę w prawie kanonicznym. Głównym argumentem kanonistów było jednak według Rittershausena wynikające z nieprzestrzegania umów niebezpieczeństwo dla duszy, bowiem Bóg nie chciał różnicy między przysięgą a prostą mową, a złamanie ich obu było podstawą Bożej kary⁶⁰⁷. Wyjaśnienie tego kluczowego argumentu teologicznego streścił autor stwierdzając, że ten, kto mówił prawdę – przysięgał⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Nanz (1985) 113.

⁶⁰⁶ Rittershausen (1668) lib. 3, cap. 1, 82-83.

⁶⁰⁷ Wolter (1975) 100-101.

⁶⁰⁸ Rittershausen (1668) lib. 3, cap. 1, 83: „Iure igitur Canonico pacta quaelibet obligationem et actionem producere, communis est opinio, teste Vivio (...), Emanuele Soarez (...), Greg. (...). Eamque P. Costalius (...) et Duaren. Item Wesenbec. (...). Nituntur autem quibusdam et textibus et rationibus. Textus Iur. Can. duos maxime proferunt *ex cap.1 et c.3 ext. de pact.* [X 1.35.1; 1.35.3] (...). Et quidem in summario eius capituli ea cura Iudici commendatur. Iudex (inquit) studiose debet agere, ut promissa adimpleantur. Si Iudex, ergo ex pacto datur actio. Quia Iudex non imperit officium suum, nisi imploratus. Imploratur autem per actionem. Rationem hanc potissimum afferunt, quia in neglectione Pactorum versetur periculum animae. Quomodo? Quia Dominus Deus inter iuramentum: et loquelam simplicem nullam vult esse distatntiam. Et sicut in iuramento nullam convenit esse perfidiam, ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque et periurum et mendacium divini iudicii poena damnatur. Quisquis ergo verum loquitur iurat, *c. iuramentum 22 q.5 [C.22, q.5, c.12]*”.

Następnie Rittershausen przywołał także autorów przeciwnych takiemu stawianiu sprawy, tj. w szczególności humanistów. Ich podstawowy argument sprowadzał się do tego, że w *c. Antigonus* nie było mowy o skardze, a więc można było zaskarżalność wszystkich umów oprzeć choćby na ogólnej deklaracji pretora. Rittershausen uznał, że decydująca była tutaj zaproponowana przez niego interpretacja *c. Qualiter*, która wiązała się z rolą sędziego, wobec czego stanowisko wątpiących w zaskarżalność gołych umów dawało się obalić⁶⁰⁹.

W kolejnych uwagach autor skupił się na przedstawieniu wszelkich innych argumentów, które mogły przekonać czytelnika do słuszności postulatu wiążanego z dorobkiem prawa kanonicznego. I tak, np. według niego niedochowujący umowy występował przeciw naturze, zaufaniu ludzkiemu, sumieniu, powinności doświadczonego męża; wszystko to razem prowadziło do stwierdzenia, że swoim zachowaniem grzeszył – Rittershausen nie miał problemu z połączeniem obiektywnego porządku teologicznego i naturalnego. Pojawiły się także odesłania do pozaprawnych źródeł antycznych, tj. argument z Pisma Świętego oraz odesłanie do Seneki. Rittershausen poddał analizie bardzo zróżnicowane kwestie, aby wykazać szeroką podstawę doktryny o zaskarżalności wszystkich umów. Sięgnął przy tym i do zwyczajów, i do prawa narodów (odwołując się nawet do Medów i Persów), podniósł, że należało oczekiwać od ludzi zachowania podstawowych zasad, które nie były spisane, np. sprawiedliwości czy szlachetności⁶¹⁰. W dalszym wywodzie Rittershausen w zasadzie zakończył omawianie prawa kanonicznego, z wyjątkiem może jednej wzmianki, gdzie podkreślił, że ówczesne zwyczaje bliższe były stanowisku prawa kanonicznego niż cywilnego i w związku z tym obowiązywała zasada *actio ex pacto datur*, czego praktycznym wyrazem było zrównanie znaczenia prawnego umowy i stypulacji prawa cywilnego⁶¹¹.

Rittershausen odwołał się następnie szerzej do ówczesnego zwyczaju, ale wskazał także na argument oparty na ludzkiej naturze: przystało zachowywać umowy i dochować wiary, kiedy złożyło się obietnicę. Jako główną przyczynę panującego zwyczaju podał więc słuszność naturalną. Według niego prawo rzymskie miało inną perspektywę i wołało dawać

⁶⁰⁹ Rittershausen (1668) lib. 3, cap. 1, 83: „Recentiores tamen quidam hanc sententiam non probant, ut Berengarius Fernandus (...). *Item Cuiac.* (...), *Conan.* (...), *et Ant. Contius, quibus et Giph.* (...). *Ex his Cuiac.* Notandum, inquit, Peliam lavare, qui iure Pontificio putant nasci actionem ex pacto. Quo argumento quaeso? nempe, quia *in cap.1 De pact.* ait: Pacta custodiantur: pax servetur. Idem praetor ait in edicto, Pacta servabo: et tamen constat, Praetorem ex pactis non dare actionem: exceptionem dare tantum: denique ea servare datis exceptionibus, non datis actionibus. Sed haec responsio tamen ad *c.3* aptari non potest, si vera est sententia summarii, quae Iudicis facit mentionem”.

⁶¹⁰ Rittershausen (1668) lib. 3, cap. 1, 83-84.

⁶¹¹ Rittershausen (1668) lib. 3, cap. 1, 84: „Sed quicquid sit mores nostri conformarunt sese dispositioni Iuris Canonici potius quam civilis, et hodie actio ex pacto datur: atque ita eadem vis tribuitur pactis, quae est stipulationem iure civili”.

stronom raczej narzędzia do obrony niż środki zaczepne. Kończąc swoje rozważania Rittershausen krótko omówił jak funkcjonowało zaskarżanie kontraktów w Rzymie, czyli przedstawił praktyczne znaczenie kontraktu stypulacji i dodał, że w prawie narodów nawet Rzymianie uznawali powstanie skargi. Dla Rittershausena był to dodatkowy argument, ponieważ świadczył o tym, że prawo cywilne obowiązujące Rzymian było tylko wyjątkiem od uznawanego i przez nich prawa narodów⁶¹². Skończył analizę porównawczą praw dotyczących umów stwierdzeniem, że nawet z gołej umowy dana była skarga, ale zaznaczył, że takie stanowisko wiązało się z koniecznością oceny powagi złożonej obietnicy, zaś cały swój wywód oparł na szerokiej podstawie źródłowej i doktrynalnej⁶¹³.

Oceniając zakres znajomości prawa kanonicznego przez Rittershausena można uznać, że znane były mu podstawowe teksty źródłowe oraz dorobek doktryny kanonistycznej, przekazany zwłaszcza przez autorów piszących w XV i XVI w. Rittershausen rzetelnie przedstawił rzymskie korzenie średniowiecznej kwestii różniącej legistów i kanonistów, omówił argumenty za zaskarżalnością umów (nie tylko kanonistyczne), lecz przedstawił także kontrargumenty. Wszystko to zostało zawarte w spójnym i logicznym wywodzie. Przede wszystkim lektura jego pracy pozwala uznać, że przyjmował on nie tylko wniosek płynący z jurysprudencji kanonistycznej, ale także poprzedzającą go argumentację. Można na przykładzie jego traktatu stwierdzić, że w literaturze porównawczej dostrzegano funkcjonalne podobieństwo argumentu teologicznego i uzasadnienia wiążącej mocy umów opartego na prawie natury, tak jak było ono rozumiane na przełomie XVI i XVII stulecia, zaś idea kanonistów była przynajmniej jednym z mocnych argumentów na rzecz tezy o zaskarżalności wszystkich umów. Taki wniosek końcowy opatrzone winien być zastrzeżeniem, że *Differentiarum* Rittershausena było dziełem o charakterze odmiennym od prac z głównego nurtu *usus modernus*, choć zapewne nie było pozbawione znaczenia, o czym mogło świadczyć np. jego wzmiankowanie w przypisie u Glücka⁶¹⁴.

2.7.2.3. Jacobus Maestertius

Belgijski prawnik, Jacobus Maestertius (1610-1658)⁶¹⁵, przedstawił w dwóch tomach rozważań o sprawiedliwości praw rzymskich przeszło sto *dubitationes*, w których podjął pewne dyskusyjne tematy związane z prawem rzymskim, szeroko odnosząc się do stosunku

⁶¹² Schnitzer (1975) 343-344.

⁶¹³ Rittershausen (1668) lib. 3, cap. 1, 84-85.

⁶¹⁴ Glück (1796) ad Dig. 2.14, § 312, 281, przyp. 37.

⁶¹⁵ Feenstra (1982) 297-314.

prawa kanonicznego wobec rozważanych zagadnień. W dwóch *dubitationes* pochylił się nad kwestią zaskarżalności umów gołych. Najpierw wychodząc od bardzo szczegółowej analizy źródeł rzymskich Maestertius starał się wykazać, że w zasadzie już w Rzymie każda umowa rozważnie zawarta miała charakter zobowiązaniowy⁶¹⁶. W ramach tego fragmentu odwołał się także do autorytetu Pisma Świętego, a nawet do prawa kanonicznego i starał się krótko wyjaśnić, dlaczego juryści mając analogiczne źródła nie doszli do tych samych konkluzji. Przywołał w tym kontekście różne autorytety, m.in. głose, Panormitanusa czy Emanuela Soareza⁶¹⁷. Opinia Maestertiusa co do obecności już w Rzymie nowożytnej doktryny zaskarżalności umów spotkała się jednak później z krytyką, co doprowadziło ostatecznie do utrwalenia rozróżnienia pomiędzy prawem rzymskim a ówczesnym zwyczajem⁶¹⁸.

W *dubitatio* zatytułowanej *An iure Canonico ex pacto quod serio et deliberato animo initum est, obligatio efficax oriatur* odniósł się do stanowiska prawa kanonicznego bardziej szczegółowo. Maestertius nie stosował w niej terminu *pactum nudum*, rozważał skutki prawne umowy, która została zawarta w sposób rozważny, a więc nie była goła. W swoim traktacie dał wyraz znajomości kluczowych źródeł prawa kanonicznego istotnych dla odpowiedzi na postawione pytanie, przytaczając także fragmenty stosownych kanonów, a nawet zwracając uwagę na rubrykę c. *Qualiter*. Według jurysty w prawie kanonicznym z rozważnie zawartej umowy powstawało zobowiązanie i rodziła się skarga. Wskazał on także, że już samo Pismo Święte i prawo wszystkich ludów skłaniały do przyjęcia przez prawo kanoniczne takiego stanowiska, aby przyznano skargę wobec tego, kto nie wypełniał umowy. Co więcej, według Maestertiusa skoro dało się obronić pogląd, że w prawie cywilnym zobowiązanie i skarga powstawały z rozważnie zawartej umowy, to podobnie winno być w prawie kanonicznym, skoro bez wyraźnego postanowienia kanonów należało unikać rozbieżności między obojgiem praw. Do sformułowania tego argumentu wykorzystał jak wielu innych m.in. c. *Intelleximus*, który jak widać był skutecznym narzędziem retorycznym do argumentacji na różne sposoby.

⁶¹⁶ Maestertius (1647) lib. 1, dub. 31, 91-109. Wykorzystane zostało drugie wydanie *De iustitia Romanarum legum*.

⁶¹⁷ Maestertius (1647) lib. 1, dub. 31, 96-97: „Denique cum in *cap. 1 ext. de pactis* [X 1.35.1] cautum esset, ut *inita pacta suam obtineat firmitatem*, et post pauca: *Ut pax servetur pacta custodiantur*. Et in *cap.3 ext. eod.* [X 1.35.3] *quod studiose agendum est, ut ea, quae promittuntur, opere compleantur* docuere, maxime ex duobus illis locis, nobiliores iuris Canonici Interpretes ex pactis serio et deliberato animo initis obligationem nasci (...). Et communis est opinio (...) (quamvis in eo errarint quod haec pacta nuda appellaverint). At cum tantumdem iure civili expressum sit (...). Cur non idem Iuris Civilis Interpretes de iure Civili statuent? non solum ne differentia inter utrumque ius temere inducatur, contra *cap.1 ext. de operis novi nuntiatione* [X 5.32.1], sed etiam ne ius Romanum manifeste a divino et gentium discrepare videatur”.

⁶¹⁸ Zimmermann (1991-1992) 1694.

Na koniec Maestertius podjął kwestię kary kościelnej grożącej łamiącemu zawarte porozumienie. Wykazał, że kara ekskomuniki była zwyczajnym środkiem karnym w Kościele i była stosowana także wtedy, gdy brakowało skutecznego rozwiązania w prawie cywilnym (tu odwołał się do *c. Novit ille*). Na podstawie uwagi, że *c. Antigonus* nakładał karę ekskomuniki na łamiącego umowę sformułował również argument *a maiori ad minus* na rzecz przyznawania skargi z tego tytułu już w prawie kanonicznym: skoro bowiem słuszne było nałożenie ekskomuniki, to tym bardziej winna przysługiwać w takim przypadku skarga⁶¹⁹. Prawo kanoniczne stanowiło także punkt we wstępie do kolejnego rozdziału jego pracy, w którym Maestertius dostrzegł, że pięknie zgadzały się zarówno prawo cywilne z kanonicznym, jak i oba powyższe z prawem boskim i prawem narodów, zatem możliwe było przejście do bardziej szczegółowych rozważań⁶²⁰. Znow, podobnie jak u Rittershausena, można dostrzec w tym zdaniu ciekawe połączenie kilku wyobrażeń o obiektywnym ładzie w prawie, które zostały uzgodnione, co stanowiło istotną wartość z punktu widzenia prawoznawstwa. Dalej zaś przypomniał, że i prawo kanoniczne uznawało, iż goła umowa dawała podstawę dla zarzutu, bowiem nie było to sprzeczne z prawem cywilnym, zaś w kanonach z tytułu *De pactis* szło nie wcale o umowę gołą, lecz o umowę zawartą z namysłem⁶²¹.

⁶¹⁹ Maestertius (1647) lib. 1, dub. 32, 110-111: „Iure Canonico ex pacto quod serio et deliberato animo initum est, efficax obligatio et actio nascitur, *cap.1 ext. de pactis* [X 1.35.1], ubi, *inita pacta suam obtineant firmitatem*: et post pauca, *pax servetur, pacta custodiantur*. Denique *in cap.3 ext. eod.* [X 1.35.3] in verbis, *studiose agendum est, ut ea quae promittuntur, opere compleantur*. Accedit inscriptio *d. cap.3* quae ita se habet, *Iudex debet studiose agere ut promissa adimpleantur*: Ille nempe coram quo instituta est adversum eum actio, qui non facit ad quod pacto se obstrinxerat. Neque praesumendum quod summi Pontifices rerum divinarum peritissimi exceptionem tantum ex eiusmodi pacto tribuerint; cum dictantibus tam sacram scripturam, quam omnium gentium iure ad obligationem et actionem prosit, ut supra dixi. Nec omittam *c. iuramenti 22 quaest.5* [C.22, q.5, c.12] ubi Chromatius: (...). Praeterea ex omni pacto quod serio et deliberato animo initum est iure civili obligatio et actio nascitur: Ergo et iure Canonico: cum inter utrumque ius absque expresso canone nulla sit constituenda differentia, *arg. cap.1 et 2 ext. de operis novi nuntiat.* [X 5.32.1; 5.32.2]. Obiicies quod *in cap.1 ext. de Pactis* [X 1.35.1] poena excommunicationis afficiatur, qui non praestat id quod pacto promisit. Resp. multo magis actionem adversus illum decernendam esse: cum ubi iusta est excommunicatio, ibi iustior sit actio. At dices excommunicationem remedium extraordinarium esse, ac proinde non irrogari nisi ordinario deficiente, *cap. novit 13 ext. de iudiciis* [X 2.1.13]. Resp. primo excommunicationem, interdictum, suspensionem, ieiunium etc. poenas iure canonico ordinarias esse, et cum remediis persecutoriis rei concurrere; cum ad diversa competant (...). Secundo *in cap. novit 13 ext. de Pactis* [X 2.1.13] ecclesiasticam censuram Regi Galliarum Philippo, qui Angliae regem fide ruptam et pace fractam offenderat, ideo dumtaxat irrogari, quia civili iudicio conveniri non poterat, vel frustra”.

⁶²⁰ Maestertius (1647) lib. 1, dub. 33, 119: „Constat quam belle ius civile cum canonico, et utrumque cum divino et gentium cohaereat: consequens est, ut omnis ambiguitatis tollendae gratiam ulterius in hanc materiam progrediat, atque hoc capite videam, I. quod modis dicatur pactum nudum? II. quo sensu accipiatur cum dicitur iure civili obligationem et actionem non parere; parere autem exceptionem? Et quid de iure Canonico statuendum? III. num obligationem salem naturalem producat?”.

⁶²¹ Maestertius (1647) lib. 1, dub. 33, 119: „Quod dixi nudum pactum actionem nullam parere, parere autem, ad eum quem dixi modum, exceptionem, etiam iure Canonico verum est; cum eo expresse contrarium cautum non sit, *art. cap.1 et 2 ext. de novi operi nuntiat* [X 5.32.1; 5.32.2] nihil obstant *cap.1 et 3 ext. de pactis*

Niewielkie dzieło Maestertiusa to dobry przykład dostrzeżenia osiągnięć kanonistyki połączonego z jednoczesnym poddaniem w wątpliwość ich wagi: skoro te same konkluzje dało się wyprowadzić z prawa cywilnego, to o prawie kanonicznym wypadało erudycyjnie wspomnieć, ale z pewnością nie było konieczne czynienie zeń istotnego źródła argumentacji. Warto również zauważyć, że choć Maestertius przytoczył istotne kanony w swojej *dubitatio*, to jednak nie wyjaśnił teologicznej argumentacji kanonistów, która doprowadziła do wypracowania koncepcji doktrynalnej głoszącej zaskarżalność wszystkich umów.

2.7.2.4. Inni autorzy

Obok dwóch omówionych dzieł wypada zauważyć, że tego typu prac powstawało w okresie wczesnonowożytnym znacznie więcej. Wydaje się, że w podobny lub węższy sposób omawiały one badane zagadnienie, a poza tym miały stosunkowo niewielki wpływ na główny nurt jurysprudencji. Można wskazać tytułem przykładu *Collatio iuris canonici et civilis* Johanna Oldendorpa (1488-1567)⁶²² czy *De differentiis iuris civilis, canonici et hodierni* Johanna Friedricha Böckelmana (1632-1681)⁶²³. W krótkim *Collatio* zabrakło osobnego miejsca na rozważania poświęcone umowom; jedynie przy wyjaśnianiu znaczenia przysięgi naturalnie pojawiło się odesłanie do c. *Iuramenti* i słowa o tym, że wobec Boga nie było różnicy między obietnicami⁶²⁴. W *De differentiis* kwestia zaskarżalności gołych umów została poruszona na początku rozdziału *De Pactis et Contractibus in genere*. Böckelman w swojej pracy przedstawiał zagadnienia zgodnie z tytułem, porównując trzy porządki prawne: prawo cywilne, prawo kanoniczne oraz ówczesną praktykę. Po wskazaniu stanowiska prawa rzymskiego zauważył, że według prawa kanonicznego goła umowa dawała także skargę, czego potwierdzeniem były według niego różne kanony, pośród których umieścił także te najistotniejsze. Wspomniał także o tym, że było dyskutowane, czy na pewno w prawie kanonicznym przysługiwała stronom umowy skarga (tu odesłał do traktatów Rittershausena), ale odrzucił te wątpliwości uznając, że skarga przysługiwała na podstawie przywołanych źródeł oraz pewnych ogólnych zasad prawa kanonicznego, takich jak podążanie za prawem narodów, uzgadnianie postulatów z sumieniem czy uznanie wartości zobowiązania

[X 1.35.1; 1.35.3]. Quia ut dubitatione 32 dixi, ibi non de nudo pacto, sed quod serio et deliberato animo initum est, agitur”.

⁶²² Zob. wyżej, 2.6.2.

⁶²³ Schulte (1880) 54-55.

⁶²⁴ Oldendorp (1541) sv. iuramentum, 75: „Improbi est hominis, sub fide religiosa proximum decipere. Coram DEO item inter promissiones nulla est differentia, quin licitae debeant observari 22 q.5 c. Iuramenti [C.22, q.5, c.12]”.

naturalnego. Ponadto prawo kanoniczne nigdzie nie zaprzeczało, że w takiej sytuacji nie przyznaje się skargi, a także odrzucało różnicę między skutkami umów i kontraktów. Ówczesne zwyczaje według Böckelmana w prawie całej Europie podążały za stanowiskiem prawa kanonicznego przyznając skargę umowom pewnym i przemysłanym⁶²⁵.

Nawiasem mówiąc, prace tego typu powstawały nie tylko w ramach *usus modernus*. Zwłaszcza kanoniści chętnie zajmowali się porównywaniem praw⁶²⁶. Także w tym zakresie można przywołać dwa przykłady spośród wielu traktatów. Henricus Canisius (1548-1610)⁶²⁷ w krótkim traktacie *Tractatus de differentiis iuris canonici et civilis*, dołączanym zazwyczaj do jego większych prac, przedstawił zasady ustalania różnic i podobieństw między oboma prawami oraz katalog głównych różnic między nimi. Stąd też znalazł się w jego pracy fragment poświęcony prawu umów, w którym Canisius powołał się na kilku kanonistów (Panormitana, Johanna de Imola oraz Doktora Navarrusa), a także wskazał jako teksty źródłowe kanony z tytułu *De pactis Dekretalów*. Canisius podkreślił, że kwestia ta wiązała się niebezpieczeństwem dla duszy w związku z tym, że w oczach Boga nie było różnicy między przysięgą a prostą mową (co poświadczał c. *Iuramenti*) i dlatego należało w tym zakresie podążać za prawem kanonicznym a nie za cywilnym⁶²⁸.

Do kwestii umów odniósł się także Johann Paul Windeck (?-1620)⁶²⁹ w *De theologia iurisconsultorum*. Windeck najpierw wskazywał na te elementy, które były wspólne dla obu praw co do opisywanej instytucji, a następnie pokazywał przypadki, w których się one między sobą różniły. W rozdziale o kontraktach, obietnicach i umowach wskazał cztery takie przypadki, z których dwa warto przywołać. W pierwszym podał, że prawo cywilne nie przyznawało skargi z gołej umowy, czemu przeciwne było prawo kanoniczne.

⁶²⁵ Böckelman (1721) cap. 35, num. 1-3, 92-93: „*Ius civile*. IURE Civili nudum pactum non producit actionem, sed tantum exceptionem (...). *Ius Canonicum*. IURE Canonico pactum nudum etiam producit actionem c.1 X d. Pact. (1:35) [X 1.35.1] c.3 eod. [X 1.35.3] c. si vere 34 X d. Sent. excomm. (5:39) [X 5.39.34] c. *iuramenti* 12 caus.22 q.5 [C.22, q.5, c.12]. Et quamquam nonnulli putent hic nullam esse differentiam, neque Iure Canonico actionem dari magis, quam I. Civ. ex pacto, ut plures volunt apud Rittershus. *lib.2 Controvers.* 101 et in *Different. I. Civ. et Can. lib.3 c.1 p.82 et seqq.* tamen confutantur satis textibus allegatis, et analogia Iuris Canonici, quod ubique simplicitatem Iuris Gentium sequitur, et conscientiae consulit, neque naturalem obligationem parvi pendet, unde etiam nullo loco vel actionem ex Pacto negat, vel inter effectum Pacti et Contractus distinguit, ut Ius Civile. *Mores. Moribus* hodiernis, tota fere Europa sequimur Ius. Canon. et ex pacto certo et deliberato actio conceditur *Groen. (...) Hahn. (...)*”.

⁶²⁶ Struve (1725) cap. 6, § 120, 274-275; van Hove (1945) 569-570.

⁶²⁷ Zob. wyżej, 2.2.2.2.

⁶²⁸ Canisius (1649b) num. 6, 833-834: „Desumitur ex c.1 et ex c.3 *De pactis* [X 1.35.1; 1.35.3], ubi nudum pactum servare iubemur ex parte etiam ipsius promittentis, adeo quod ad eius observationem constringi possit, sicut tradunt communiter Dd. in *d.cap.1* testibus Panormit. et Imola *ibid.* et Mart. Navarro (...). Quod secus est de iure civili, quo nudo pacto non oritur actio (...). Et cum haec res periculum animae contineat, eo quod apud Deum nulla sit differentia iuramenti et simplicis loquelae, *can. Iuramenti 22 qu.5* [C.22, q.5, c.12] praefendum in hac re erit ius Canonicum civili, ut in *4 limitat.*”.

⁶²⁹ Lauchert (1898); o jego traktacie zob. Struve (1725) cap. 6, § 120, 275.

Potwierdzeniem było dla niego stanowisko kanonistów wyrażane w związku z glosą do c. *Antigonus*, co Windeck akceptował w zakresie, w jakim zawierający umowę zobowiązywał się do jej wypełnienia pod groźbą popełnienia grzechu śmiertelnego⁶³⁰. W drugim kazusie przywołał także c. *Antigonus* oraz c. *Iuramenti* i omówił znaczenie przysięgi i obietnicy, zaś w trzecim wyjaśnił, jakie było znaczenia *causa* dla powstania zobowiązania z obietnicy. Windeck w tym kazusie m.in. jednoznacznie połączył szeroki postulat kanonistyki co do związania danym słowem z praktycznym ograniczeniem jego znaczenia przez wymóg istnienia przyczyny – dopiero istnienie przyczyny skutkowało tym, że składający obietnicę stawał się zobowiązany w sumieniu⁶³¹.

Rozważania przykładowych autorów reprezentujących nie tylko *usus modernus*, ale i kanonistykę potwierdzają, że wątek zaskarżalności umów regularnie pojawiał się w ramach literatury porównawczej, aczkolwiek wydaje się, że faktycznie rozważania w mniej znaczących traktatach nie były ani tak szerokie, ani tak pogłębione jak w pracach Rittershausena czy Maestertiusa.

W ramach literatury porównawczej zachowana została zatem pamięć o odmienności w zakresie zaskarżalności umów między prawem cywilnym a prawem kanonicznym, ponadto początkowo z tego typu piśmiennictwa można było więcej dowiedzieć się o stanowisku kanonistów niż z opracowań prawniczych głównego nurtu jurysprudencji. Wprawdzie we wiodących opracowaniach *usus modernus* czasami można było znaleźć odesłania do literatury porównawczej, to jednak trudno uznać jej wpływ na doktrynę za znaczący. Podobnie było i z pracami szczegółowymi, które zajmowały się wybranymi problemami prawa prywatnego i często szerzej odnosiły się do dorobku kanonistyki, także w zakresie umów⁶³². Często jednak nawet w literaturze porównawczej i szczegółowej odwołanie do kanonistyki ograniczało się w zakresie zaskarżalności umów do pobieżnego wskazania źródeł i odesłania do innych autorów, co także świadczyć mogło o ograniczonym doktrynalnym wpływie kanonistyki na *usus modernus*. Niemniej jednak widać na przykładzie omówionych prac, że na przełomie

⁶³⁰ Windeck (1604) lib. 2, cap. 41, num. 2, 2.158: „In sequentibus Casibus discordant Leges et Canones. PRIMUS: Ex nudo pacto nulla oriatur actio de iure Civili; nam id solum Iudicis officium iubet implorare. Secus est de iure Canonum; ut sentiunt praecipui Canonistae cum Glossa in c.1 de Pactis [gl. ad X 1.35.1]: quod in hunc sensum accipio, quando obligat ad mortale peccatum, alias non”.

⁶³¹ Windeck (1604) lib. 2, cap. 41, num. 2, 2.159: „TERTIUS CASUS: Ex nudo PACTO, sive ex SOLA PROMISSIONE homo non obligatur de iure Civili. Quod improbant CANONES, c. iuramenti, 22, q.5 [C.22, q.5, c.12]. Addunt Canonistae limitationem; quod fiat obligatio de iure Canonico, quando exprimitur causa: ut promitto tibi decem, quia vendidisti mihi talem rem, vel mutuo dedisti, et huiusmodi. Si vero causa non adiicitur, nullam in conscientia inducti obligationem”.

⁶³² Jak np. Griesinger (1793).

XVI i XVII w. w doktrynie łatwo dostępne były prace szeroko prezentujące kwestię zaskarżalności gołych umów w prawie kanonicznym.

2.7.3. Wybrani autorzy *usus modernus*

2.7.3.1. Georg Adam Struve

Georg Adam Struve (1619-1692)⁶³³ był niemieckim prawnikiem i uczyńym, autorem wielu wpływowych prac, które znacząco ukształtowały *usus modernus*. Pisał je głównie w celu ich dalszego zastosowania w praktyce sądowej, miały one mieć charakter praktyczny i być użyteczne dla sądu. Struve w swojej *Syntagma Jurisprudentiae* wykorzystał bardzo szeroko dorobek prawników odeń wcześniejszych, a pośród nich znalazło się miejsce także dla wielu kanonistów; fragment poświęcony umowom to jego komentarz do tytułu *Digestów De pactis*. Przy wyjaśnieniu przyczyn powstawania zobowiązania i skargi z gołych umów według prawa naturalnego Struve odniósł się do prawa natury, prawa narodów czy do opinii uczonych (m.in. Covarrubiasa i Vasqueza), ale nie wspominał wprost o argumentacji kanonistów⁶³⁴. Odwołał się do niej dalej, rozwijając praktyczny aspekt zaskarżalności gołych umów. Punktem wyjścia w jego rozważaniach było wskazanie, że ówczesnie na podstawie prawa kanonicznego i zwyczajów doszło do uproszczenia prawa, czyli do uznania zaskarżalności gołych umów, które zawierane były co do określonej rzeczy z zamiarem utworzenia zobowiązania przez umawiających się świadomych i chętnych. Dla potwierdzenia tej opinii w świetle prawa kanonicznego Struve powołał się na szereg tekstów źródłowych z zakresu prawa kanonicznego: *c. Antigonus*, *c. Qualiter*, *c. Iuramenti* i *c. Puellae* oraz Agostinho Barbozę, a także kilku przykładowych jurystów, którzy prezentowali podobny pogląd (Carpzova, Vinniusa). Dalej w tym samym numerze komentarza autor nie zajmował się więcej kanonistami, a tylko wspominał o tym, że jeśli brakowało zamiaru co do powstania zobowiązania znaczenie zyskiwał w tym kontekście sakrament pokuty⁶³⁵. Odniesienia do myśli kanonistów pojawiły się i w innych fragmentach *Syntagma*; np. podjął Struve polemikę

⁶³³ Domingo (2004c).

⁶³⁴ Struve (1738) t. 1, exercitatio 6, ad Dig. 2.14, num. 7, 276.

⁶³⁵ Struve (1738) t. 1, exercitatio 6, ad Dig. 2.14, num. 17, 282-283: „Iure Canonico, *c.1 et c.3 h.t.* [X 1.35.1; 1.35.3] *Can. iuramenti qu.5 22* [C.22, q.5, c.12] *can. puellae q.1 20* [C.20, q.1, c.8]. Add. Augustin. Barbos. et alleg. *in d.c.1 et 3 et moribus nostris ad simplicitatem iuris gentium deventum est, ita ut etiam ex pacto nudo, de re certa animo se obligandi a sciente et volente inito, detur actio. (...) Aliud tamen est in antecedentibus illis sermonibus, vel etiam scripturis (...) quibus de conveniendo seu contrahendo agitur: cum enim in his nondum adsit animus se firmiter obligandi, poenitentiae locus est”.*

z Moliną, który uznawał, że skoro i gołe umowy dawały skargę, można było porzucić subtelności rozróżnień na umowy gołe i ubrane oraz kontrakty nazwane i nienazwane⁶³⁶.

W swojej *Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis* Struve tylko wzmiankował, że według prawa kanonicznego oraz zwyczaju germańskiego z gołej umowy rodziła się skuteczna skarga oraz wyjaśnił dlaczego w ogóle nadal pojawiało się to zagadnienie w rozważaniach prawników, skoro straciło na znaczeniu; w zakresie bardziej szczegółowych rozważań odesłał do Carpzo i do swojej *Syntagma*⁶³⁷.

Struve zatem znał podejście prawa kanonicznego do omawianej problematyki, ale wydaje się, że w swoim wywodzie ograniczył się do jego przywołania tylko jako pewnego dodatku doktrynalnego zauważając, że tak jak zwyczaje, tak i prawo kanoniczne przyznawało pod pewnymi warunkami skargę umowom gołym. Zostało ono zatem wzmiankowane, ale na tym Struve poprzestał, co było przejawem charakterystycznego dla metody *usus modernus* zbierania wszystkiego, co wiązało się z tematem prowadzonych rozważań.

Na marginesie można dodać, że w popularnej edycji *Syntagma* uzupełnionej o *Additiones* Petera Müllera (1640-1696)⁶³⁸ można znaleźć bardziej szczegółowe odniesienie do stanowiska kanonistów w komentarzu do słów *Iure Canonico*⁶³⁹. Müller rozpoczął od stwierdzenia, że wielu uważało, iż w prawie kanonicznym przysługiwała skarga ze względu na jego cel, czyli dążenie do przywrócenia prawu cywilnemu słuszności naturalnej oraz korygowanie jego surowości. Argumentem źródłowym wykorzystywanym przez tych autorów były kanony z tytułu *De pactis*, choć według Müllera nie było to przekonujące podejście, bowiem w tych tekstach nie mówiło się więcej o skardze niż w prawie cywilnym. Podobnie dwa kolejne przywołane przezeń źródła wskazywane przez kanonistów nie mówiły nic o umowach, lecz dotyczyły raczej formułowania skargi. Stąd Müller zawarł w tym fragmencie ogólną obserwację, że w prawie kanonicznym żadna zmiana ani korekta prawa cywilnego nie powinna być przyjmowana, chyba, że została sformułowana wyraźnie. Według niego nie było nawet pewne, czy prawo kanoniczne chciało faktycznie dążyć do

⁶³⁶ Struve (1738) t. 1, exercitatio 6, ad Dig. 2.14, num. 32, 296: „Caeterum ex eo, quod *thes. 17* monuimus, hodie ex pacto quoque nudo dari actionem, inducit Ludovicus Molina, omnia, quae de pactis nudo et vestito, contractibus nominatis ac innominatis, *subtiliter potius*, ut ipse loquitur, *quam utiliter de iure civili ab Ethnicis hominibus* inventa atque introducta, absoleri debere (...). Verum hon non ita simpliciter asserendum”.

⁶³⁷ Struve (1704) lib. 3, tit. 2, num. 1, 384: „Pactum nudum, ut diximus, est, quod in simplicibus conventionum finibus subsistit. Hoc licet secundum ius Canon. et mores nostros actionem producat efficacem. () tamen ob intellectum et explicationem iuris Romani, et rectius percipiendam naturam contractuum, praesertim innominatorum, eius differentia a non nudo pacto adhuc est notanda”.

⁶³⁸ Stintzing (1880-1884) 2.156, przyp. 2.

⁶³⁹ Müller nie został wyodrębniony jako osobny autor, gdyż wydaje się, że jego oddziaływanie wynikało ze znaczenia, jakie nadawano dziełu Struvego.

zachowywania umów: dawało ono wprawdzie zarzuty i skargi z umów, ale już sam pretor ogłosił, że będzie strzegł zawartych umów. Kończąc myśl Müller zauważył, że jednak tam, gdzie skarga z prawa kanonicznego była dana to i tak można było uchronić się od skutecznego dochodzenia umowy za jej pomocą, choć w ten sposób można było narazić się na karę kościelną⁶⁴⁰.

Wydaje się, że Müller kwestionował wartość odnoszenia się do prawa kanonicznego, a nawet poddał w wątpliwość jego podstawowe postulaty w zakresie zaskarżalności umów. Trudno powiedzieć, czym było spowodowane takie podejście, ale w tym przypadku można zauważyć, że i Struve, i Müller znali zarówno źródła jak i komentarze kanonistów, a mimo to odnieśli się do nich z dużą rezerwą i nie starali się opierać swoich wywodów w szerszym zakresie na dorobku kanonistyki. Nie powinno to dziwić, skoro pisali w zupełnie innym czasie i stosowali inną metodę prawniczą, a do tego byli odmiennego wyznania. Można na tej podstawie dostrzec, że prawo kanoniczne było tylko jednym z argumentów dla uzasadnienia doktryny o zaskarżalności wszystkich umów, równocześnie więc możliwe stało się ograniczenie zakresu wykorzystania doktryny kanonistów w tym samym celu. Struve i Müller przywołali źródła prawa kanonicznego, ale nie skorzystali z kanonistycznej argumentacji.

2.7.3.2. Samuel Stryk

Ważnym komentarzem *usus modernus* było *Specimen usus moderni Pandectarum* Samuela Stryka (1640-1710)⁶⁴¹: jego dzieło było bodaj najważniejszym w ramach tego nurtu i istotnie wpłynęło na całokształt niemieckiego prawa prywatnego. W ogóle rosło w XVII w. znaczenie prawników, gdyż mieli coraz większy udział w kształtowaniu prawa poprzez wykorzystywanie ich prac w orzecznictwie.

Rozważania Stryka o umowach otwierała ogólna uwaga wskazująca, że ówczesnie powszechnie przyjęty pogląd wśród uczonych głosił, iż każda umowa, poważnie i rozważnie

⁶⁴⁰ Müller (1738) t. 1, exercitatio 6, ad Dig. 2.14, n. 17, α, 283: „Ita plurimi, et inter illos Wesenb. existimant, de iure Canonico ex pacto nudo dari actionem, quia iuris Canonici finis est, ad aequitatem naturalem ius civile reducere, et eius corrigere rigorem; idque in eum finem adducunt, c.1 et 3 d. *pact.* [X 1.35.1; 1.35.3] sed ibi non dari actionem magis quam in iure civili; et probant Canonistae per c.6 X d. *for. comp.* [X 2.2.6] c.6 X d. *iudic.* [X 2.1.6] sed nihil hic dicitur de pactis, sed actionem, non nomen exprimi deberi in libello. Dicendum potius nullam iuris civilis mutationem et correctionem in iure Canonico praesumendam esse, nisi expressa sit. Neque firma est haec sequela: Ius Canonicum vult pacta servari. E. et actionem dat ex pactis. Namque et pacta servari dicuntur, indultae exceptionis valore, quali modo et Praetor pacta custodire dicitur, l.1pr d. *pact.* [Dig. 2.14.1pr]. Facit Glossa in c.16 d. *Elect. in 6* [gl. ad VI 1.6.16] imo si actio ex iure Canonico daretur, tum etiam ad servandum pactum via actionis adigi posset recusans, sed saltem ibi censura exprimitur Ecclesiastica, v. Zoësius (...).” Zob. Seuffert (1881) 136.

⁶⁴¹ Domingo (2004e).

zawarta, dawała skargę⁶⁴². Na poparcie tej tezy odesłał on do Meviusa, Carpzova, Hahna, Goudelina, Berò i Menocchio. Skoro jednak był to pogląd przyjęty *hodie*, Stryk podjął od razu dyskusyjne zagadnienie wpływu prawa kanonicznego na XVII-wieczną jurysprudencję. Otóż według niego wielu uczonych uważało, że takie podejście do umów pochodziło z prawa kanonicznego, tymczasem źródła prawa kanonicznego nie dawały podstaw do sformułowania tezy o zaskarżalności umów bardziej niż źródła rzymskie. Stryk w swoim komentarzu przedstawił stanowisko, zgodnie z którym nie sposób było przypisać prawu kanonicznemu jakkolwiek zasługę dla świeckiego prawa umów. Troska o umowy, której wyrazem był *c. Antigonus*, tak samo była obecna w prawie rzymskim; tak samo jak źródła rzymskie nie przyznawały skargi z tytułu gołej umowy, tak i nie robiły tego źródła kanoniczne. Kanony z tytułu *De pactis* dawały podstawę tylko do wymierzania dyscypliny kościelnej, nie było w nich mowy o cywilnych środkach zaskarżania, ani nawet o wyroku. Tam gdzie zaś prawo kanoniczne dopuściło zastosowanie *condictio ex canone*, tam prawo cywilne znało *condictio ex lege*. Sędzia kościelny mógł strony nakłaniać do wypełniania umowy, ale nie wpływało to na faktyczną zaskarżalność umów gołych w porządku prawnym⁶⁴³. Stryk do prawa kanonicznego wracał jeszcze kilka razy w komentarzu do *De pactis Digestów*, np. w kontekście aktualności rozwiązań kanonicznych dla oceny trwałości przysięgi⁶⁴⁴.

⁶⁴² Stryk (1717) ad Dig. 2.14, § 1, 271: „Hodie pactorum vis non imminuta, sed aucta potius, dum moribus praecipue facultas producendi actionem pactis quaesita, adeo ut, quamvis Iure Romano notorium sit, ex pacto nudo non dari actionem, hodie unanime Dd. sit conclusum: Ex omni pacto serio et deliberato inito (supposita tamen persona alias ad contrahendum habili, exclusisque impedimentis consensus, errore, metu, dolo etc.) hodie validam nasci actionem”.

⁶⁴³ Stryk (1717) ad Dig. 2.14, § 2, 271-272: „Plerique Dd. vim producendi actionem pactis tributam, ex iure Canonico repetunt, provocantes ad *C.I § 3 X de Pact.* [X 1.35.1; 1.35.3]. Cui sententiae utut non pauci se opponant, asserentes; non magis iure Canonico ex pacto dari actionem, quam iure nostro Romano. Quod enim pontifex pacta servanda esse dicit; idem iure nostro asseritur, *L.I L.7 §17 ff. de Pact.* [Dig. 2.14.1; 2.14.7.17] *L.7 C. eod.* [Cod. 2.3.7] scil. quoad dandam exceptionem, non actionem, *d.l.7 §4 ff. h.t.* [Dig. 2.14.7.4] et eapropter *c.I X h.t.* [X 1.35.1] non de danda actione, sed adhibenda disciplina ecclesiastica intelligunt Fachin. (...) Bocer. (...) et praecipue Dn. Ziegler (...). Attamen contrarium uti receptius, ita verius aestimo. Liquidum enim est, in *d.c.I h.t.* [X 1.35.1] non agi de exceptione pacti, sed de petitione illius, quod pacto promissum; conventus enim ibi quis erat ex pacto, huic convento iniungitur, ut se cohibeat, seu fidem pacti praestet; quod si detrectet, Ecclesiastica disciplina ad hoc compellendus. Unde quamvis nominata ex pacto actio hic non datur, in tantum tamen pacto assistit Ius Canonicum, ut et conveniendi licentiam ex pacto det, et implere recusantem disciplina Ecclesiastica compellat. Unde liquido satis apparet, eatenus ad minimum hic confirmatum esse pactum, ut detur *condictio ex hoc cap.* pariter uti lege civili pacto assistente *condictio ex lege* nascitur, *L. un. ff. de Cond. ex Leg.* [Dig. 13.2.1] vel si hoc displiceat, et adhuc actio negetur eapropter, quod in *d.c.* non sequatur sententia, sed disciplina Ecclesiastica; attamen tandem negabit, dari pro implemento pacti implorationem iudicis Ecclesiastici, ut ille sua disciplina paciscentem constringat ad pacti observantiam. Quod si hoc; qua ratione ad id, cuius petendi nulla obligatio est, praestandum adhiberi posset disciplina Ecclesiastica? Conf. pro iure Canonico actionem dante Vinnius (...) Hahn (...)”.

⁶⁴⁴ Stryk (1717) ad Dig. 2.14, § 16, 283-284: „Cum vero hodie ex receptis Germaniae moribus Iure Canonico vivamus, si de vinculo iuramenti quaestio occurrat, non amplius in disputationem venit, an lege civili aliquid interdictum, sed an mortaliter illicitum, super quo praestitum est iuramentum; Hoc si deficiat, nexus iuramenti subsistit *c. cum contingat 28 X de Iureiur.* [X 2.24.28] *c. Quamvis 2 de Pact. in 6* [VI 1.18.2]”.

Choć nie była to typowa dla omawianego zagadnienia *sedes materiae*, to warto sięgnąć także do uwag wprowadzających do rozważań Stryka na temat zaskarżalności *permutatio*⁶⁴⁵. Otóż Stryk przywołał również tam c. *Qualiter* i c. *Antigonus* jako podstawowe źródła, z którymi wiązać należało stanowisko prawa kanonicznego wobec podziału kontraktów. Argumentował on, że na podstawie tych kanonów prawo kanoniczne nakazywało zachowywanie porozumień oraz przewidywało środki umożliwiające wymuszenie ich realizacji. Przede wszystkim jednak Stryk uznał, że w zakresie podziału kontraktów należało raczej podążać za prawem kanonicznym, które cieszyło się w Niemczech największym autorytetem przed recepcją prawa rzymskiego, i uzależniać ich skuteczność od dotrzymania obietnicy, jak też chciały prawa germańskie. Choć wielkie było według niego znaczenie recepcji prawa rzymskiego, to trafne było niekiedy przyjęcie zwyczajów germańskich, zwłaszcza, gdy nie były one sprzeczne z prawem kanonicznym, co miało miejsce w tym przypadku⁶⁴⁶.

Można więc po pierwsze zauważyć, że Stryk znał dwa kluczowe kanony związane z koncepcją zaskarżalności wszystkich umów wypracowaną w średniowiecznej kanonistyce, a także znał pewne inne istotne teksty z kompilacji papieskich. W jego rozważaniach wokół *De pactis Digestów* daje się jednak zauważyć niechęć do przyjmowania rozwiązań proponowanych przez kanonistów – prawo kanoniczne miało według niego znaczenie tylko na forum kościelnym i nie należało przenosić jego postulatów na forum świeckie. W zasadzie Stryk odrzuca ich koncepcje na tej tylko podstawie, że według niego nie były one oparte na tekstach normatywnych, a w szczególności na c. *Antigonus*. W ten sposób nie musiał on w ogóle rozważać przedstawiania argumentacji kanonistów albo podejmować z nią ewentualnej

⁶⁴⁵ Zob. Schnitzer (1975) 345, przyp. 66; 346.

⁶⁴⁶ Stryk (1745) ad Dig. 19.4, § 1-2, 560-561: „Accedit, quod obiter noto, nec in ipso iure Canonico inter contractus nominatos et innominatos differentiam hoc respectu inveniri, sed generaliter dicitur in c.3 X de pact.[X 1.35.3] (...), item in c.1 X eod. [X. 1.35.1] (...). Frustra vero sunt, qui hic excipiunt, non dari ex dict. cap.1 actionem ex pacto, sed concedi tantum censuram ecclesiasticam, ut hac ipsa compellatur ad fidem servandam: Nam superius ad tit. de pact. § 2 ad hoc responsum est, quibus iam addo: nullibi in iure canonico de distinctis actionum generibus agi, sed semper ibi ad implorationes iudicum citra formam solennis actionis recurri. Unde dubium nullum est, Canones illi, quem per censuram Ecclesiasticam ad servandam promisi fidem compellendum existimant, pariter implorationem officii iudicis non denegare. Porro cum iure Romano semper ad distinctionem contractuum realium et consensualium recurratur, et in illis consensus nihil operari dicant, nisi res intervenerit, contractus autem innominatos pariter ad reales referant; hic omnino, quantum ad Praxin Germaniae, observandum est, ius Canonicum, cuius auctoritas in Germania foris maxime fuit, antequam ius Romanum reciperetur, hanc distinctionem inter contractus reales, verbales, et literales penitus ignorare, adeo ut ne vestigium quidem huius rei, quod citius ex emto, quam ex pignore, citiusque ex stipulatione, quam ex pacto obliger, ostendi possit, sed omnis obligatio ibi dependet ex fide promissionis (...). Sane constat, nunquam simpliciter, quoad omnes materias, Ius Romanum in Germania fuisse receptum, uti exemplis doceri potest quamplurimis: Sed et hoc constat, receptas olim in Germania consuetudines, praecipue Iuri Canonico non refragantes, recepto Iure Romano non fuisse abrogatas (...)”.

polemiki, bowiem odrzucił ją z góry w całości. Z drugiej strony, wychodząc od tych tekstów normatywnych Stryk chętnie oparł się na prawie kanonicznym w celu wzmocnienia wyводу opartego na źródłach germańskich i jednoznacznie sprzecznego z prawem rzymskim.

2.7.3.3. Justus Henning Böhmer

O prawie kanonicznym w kontekście rozróżnienia na umowy gołe i ubrane nie wspomniał natomiast uczeń Stryka i autor wielu prac z zakresu tak prawa rzymskiego jak i protestanckiego prawa kościelnego, Justus Henning Böhmer (1674-1749)⁶⁴⁷. W swojej *Introductio in ius Digestorum* bardzo krótko odniósł się do teoretycznych rozróżnień na kontrakty i umowy, które wyrastały z prawa rzymskiego. Böhmer zauważył, że w Rzymie skuteczność zobowiązaniowa porozumień była pochodną tych rozróżnień, a odrębnym porozumieniom służyły różne środki ochrony. Wspomniał także o rozróżnieniu na *pacta nuda* i *pacta non nuda*. Przede wszystkim podkreślił on jednak, że ówczesne zasady prawa germańskiego jasno uznawały, że porozumienie rozważne i pewne rodziło zobowiązanie i skargę, a więc te dawne rozróżnienia między kontraktami nie miały już żadnego znaczenia⁶⁴⁸. Böhmer powołał się w tym fragmencie tylko na źródła rzymskie i na Stryka, choć skądinąd wiadomo, że jako wydawcy *Corpus Iuris Canonici* dobrze było mu znane prawo kanoniczne i odnosił się do niego w różnych miejscach swojego dzieła⁶⁴⁹. Wydaje się, że zupełnie kwestię zaskarżalności umów pominął on w swoich *Exercitationes ad Pandectas*, choć i w nich sięgał do źródeł kanonicznych⁶⁵⁰.

Świadectwem jego bardzo dobrej znajomości doktryny opierającej się na interpretacji kanonów tytułu *De pactis* był natomiast jego wykład prawa kanonicznego protestanckiego według metody *usus modernus*, w którym omówił on kwestię zaskarżalności umów znacznie bardziej szczegółowo⁶⁵¹. Wprawdzie trudno uznać, że traktat ten nie był dziełem wpływowym

⁶⁴⁷ Rütten (1982) 3-12; Landau (2004).

⁶⁴⁸ Böhmer (1746) ad Dig. 2.14, num. 25, 122-123: „Denique circa *efficaciam obligandi* de iure Romano erat differentia, inter *conventionum* species diversas. Erant enim vel *contractus*, qui in *aliud nomen* transibant, nec in suo *generali* nomine stabant et *comerciis* inserviebant (...) vel *pacta* stricte dicta, quae ad certum contractum referri non poterant. Haec rursus erant vel *nuda*, quae *forma solenni* carebant, nec producebant actionem (...) vel *non nuda*, actionem *extra ordinem* operantia (...). Hodie iuris Germanici principia in hac materia per universam Germaniam conservata sunt, ut ex omni *conventionione deliberata et certa* efficax obligatio et actio detur (...) imo *quoad effectum obligandi* nullum inter ipsos contractus superesse videtur discrimen”.

⁶⁴⁹ Van Hove (1945) 551.

⁶⁵⁰ Böhmer (1747) exercitationes 27-31, ad Dig. 2.14, 2.223-443. Marginalnie przywołał on np. c. *Cum contingat* (X 2.24.8) i c. *Quoties* (X 1.35.2) w przypisie do zdania: „Etenim de *iure canonico*, quod moribus plus iusto sequimur, affirmandum videtur, omnia iuramenta servari debere, quae sine dispendio animae servari possunt, immo iuramentum ad hoc compellendum esse” (Böhmer (1747) exer. 27-31, ad Dig. 2.14, 2.233).

⁶⁵¹ Böhmer (1738) ad X 1.35, § 4-7, 1.882-884.

– wprost przeciwnie, jego oddziaływanie na prawo protestanckie było znaczące – to jednak nie miał on takiego znaczenia dla rozwoju prawa cywilnego jak jego *Introductio*⁶⁵².

Zatem można uznać, że piśmiennictwo Böhmera stanowiło pierwszy przykład braku odwołania do osiągnięć kanonistyki na polu argumentacji na rzecz zaskarżalności wszystkich umów. Była to dla autora kwestia oczywista, a zatem nie wymagała szczegółowego uzasadniania, odwołania do innych porządków prawnych czy do historii. Przywołując rozróżnienia rzymskie, Böhmer nie wzmiankował w tym kontekście prawa kanonicznego. Znaczenie tej okoliczności jest tym większe, że skądinąd wiadomo, że akurat ten profesor prawa dobrze znał tło dyskusji na ten temat i źródła prawa kanonicznego, na podstawie których kanoniści sformułowali swoje tezy⁶⁵³. Można zatem uznać, że w pierwszej połowie XVIII w. zaczęło zanikać odniesienie powszechnie uznanej doktryny do jej średniowiecznych korzeni, przynajmniej w ramach ówczesnego dyskursu prawnoprywatnego. Takie podejście do prawa kanonicznego mogło być także przejawem niechęci do katolików w ogólności: o ile u Struvego i Stryka trudno wyciągać daleko idące wnioski z okoliczności, jaką było ich wyznanie, o tyle w przypadku Böhmera mogło być tak, że również jego stosunek do Kościoła katolickiego miał wpływ na opisane pominięcie prawa kanonicznego i kanonistyki.

2.7.3.4. Johann Gottlieb Heineccius

Kolejny wybrany przedstawiciel niemieckiego *usus modernus* to Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741)⁶⁵⁴, autor wielu prac z zakresu filozofii i prawa, który stosował metodę prawniczą typową dla szkoły prawa natury⁶⁵⁵. Szczególnie wpływowe były jego *Elementa iuris civilis*, których wydał kilka, ale w tym miejscu wypada sięgnąć szczególnie po podręczniki oparte na justyniańskich *Instytucjach* oraz *Digestach*⁶⁵⁶. I tak, w pierwszych *Elementa* Heineccius odniósł się do zasady *pacta sunt servanda* w uwagach (przypisach) do kilku paragrafów swojego wywodu poświęconego umowom. Już z tego można wnioskować, że było to zagadnienie marginalne z punktu widzenia jego wykładu prawa rzymskiego. W nocy do wyjaśnienia dotyczącego podziału zobowiązań na naturalne, cywilne i mieszane, Heineccius wspomniał, że według prawa natury należało zachowywać wszystkie umowy. To stanowisko nie było podzielane przez wszystkie porządki prawne i stąd było przykładem

⁶⁵² Rütten (1982) 29. O kanonicznym prawie protestanckim zob. np. Buchholtz (1991); Schulze (2009).

⁶⁵³ Zob. Schnitzer (1975) 346-347. Zob. także Schnitzer (1976).

⁶⁵⁴ Tanaka (1993); De Pablo Contreras (2004); Feenstra (2004); Wardemann (2007) 1-20; Luig (2011).

⁶⁵⁵ Zob. np. Bergfeld 1997.

⁶⁵⁶ Wardemann (2007) 22-36.

zobowiązania czysto naturalnego⁶⁵⁷. W przypisie do paragrafu o rozróżnieniu na kontrakty i umowy niemiecki profesor podjął się obrony stanowiska Rzymian wskazując, że przez wprowadzenie takiego podziału nie zaprzeczali oni temu, że należy zachowywać umowy, ale mimo wszystko nie przyznawali skargi samej gołej umowie, lecz czynili to tylko wobec kontraktów⁶⁵⁸. Ciekawy komentarz dodał Heineccius przy wyjaśnieniu rozróżnienia na *pactum nudum* i *pactum non nudum*. Otóż zauważył, że tej subtelności prawa rzymskiego, która wiązała się z różną skutecznością prawną poszczególnych typów porozumień, nie podzieliły inne ludy. W szczególności zaś na pochwałę zasługiwali w tym kontekście Germanowie, o których już Tacyt uważał, że w orężu i w wierności nikt nie mógł ich wyprzedzić. Potwierdzeniem tego była w oczach Heinecciusa także niemiecka paremia *ein Wort, ein Wort: ein Mann, ein Mann*, przywołana w podobnym okresie choćby przez Wolffa, która w interpretacji jurysty oznaczała, że uczciwy mąż zobowiązywał się już samym wypowiedzianym słowem⁶⁵⁹. Na sam koniec tego komentarza dorzucił Heineccius także uwagę, że wyjątkowo błędzili ci, którzy moc zobowiązującą umów łączyli z prawem kanonicznym i c. *Antigonus*⁶⁶⁰.

Drugie *Elementa iuris civilis* według układu *Digestów* zawierały powtórzenie podobnych uwag. Heineccius wspomniał więc o tym, że wszystkie umowy zawarte z przemyślanym zamiarem zobowiązywały na mocy prawa natury i prawa narodów, a choć prawo rzymskie nie wspierało wszystkich rodzajów porozumień, to wcale nie dlatego, że

⁶⁵⁷ Heineccius (1764) ad I. 3.14, § 769, (a), 257-258: „Sic aequum est, filium familias et pupillum expungere nomen, etiam sine iussu patris vel tutoris auctoritate contractum: sed huic naturali obligationi non adsistit ius civile: iure naturae pacta sunt servanda, sed huic obligationi non omnino adsistunt iura, quae quidem exceptionem ex pacto nudo dant, sed non actionem. Adeoque hae sunt obligationes MERE NATURALES. Iure civili et qui metu coactus promisit, obligatur: sed praetor aequitate motus dat exceptionem *quod metus causa*, adeoque haec obligatio est MERE CIVILIS. Denique venditor et iure naturali et civili ad rem tradendam obstrictus, adeoque haec obligatio MIXTA est”.

⁶⁵⁸ Heineccius (1764) ad I. 3.14, § 774, (a), 259: „Hinc Romani non negabant, pacta esse servanda, immo potius improbum eum putbant, qui fidem datam liberare nollet. Sed actionem non dabant ex pactione nuda, quia *fidem sanxerant in negotiorum contractibus* GELL. (...). Qui ergo stipulationem, tamquam civilem modum adstringendae fidei omiserat, magis videbatur perlusorie egisse, quam fidem voluisse adstringere”. Zob. Tanaka (1993) 359.

⁶⁵⁹ Na temat tej paremii zob. np. Scherrer (1948) 18-19; Zimmermann (1996) 541-542.

⁶⁶⁰ Heineccius (1764) ad I. 3.14, § 777, (b), 259: „Ita Romani. Sed hanc subtilitatem aliae gentes non receperunt, adeoque eodem modo obligationem actionem quae producunt pacta et contractus, pacta nuda, et non nuda. Haec laus olim Germanorum, qui *nullos mortalium armis aut fide ante Germanos esse*, iure gloriabantur. TACIT. (...). Unde semper apud eos valuit paroemia iuris: *ein Wort, ein Wort: ein Mann, ein Mann*: id est, *vir bonus et solo verbo obligatur*. Quare egregie falluntur, qui hanc obligationem pactorum ex iure canonico repetunt, et quidem ex *cap.1 10 de pact.* [X 1.35.1] (...)”. W wykorzystanej edycji wydawca popełnił błąd, bowiem eliminując większość cyfr rzymskich zastąpił odesłanie do *Dekretalów*, czyli „X” odpowiednikiem liczbowym w systemie arabskim, czyli „10”: zamiast „cap.1 X de pact.” pozostało więc „cap.1 10 de pact.”. W ten sposób odnalezienie przywołanego *capitulum* stało się dla niezorientowanego w źródłach czytelnika niezwykle trudne. Jest to również wymowne – choć marginalne – świadectwo tego, że odniesienia do prawa kanonicznego traciły na znaczeniu. Zob. Tanaka (1993) 359-358.

Rzymianie pochwalali przewrotność, albo nie uważali za niegodziwe naruszania cudzego zaufania⁶⁶¹. Podkreślił także, że ówczasnie nie budziło żadnych wątpliwości, że wszystkie umowy rozważnie zawarte zgodnie z prawem i dobrymi obyczajami rodziły i zobowiązanie, i skargę⁶⁶². W tych fragmentach *Elementa* nie pojawiło się już jednak odesłanie do prawa kanonicznego.

Przywołane uwagi Heinecciusa pokazują, że późny *usus modernus* nie przywiązywał do zagadnienia zaskarżalności wszystkich umów zbyt wielkiej wagi. Jego *Elementa* były wykładem opartym na ideologii prawa natury, połączonym z uznaniem praktycznego stosowania recypowanego prawa rzymskiego: stąd też dla Heinecciusa swoboda umów była aksjomatem wynikającym z prawa natury i dlatego nie wymagała szczegółowego uzasadnienia⁶⁶³. Była to kwestia marginalna w obliczu tego, że powszechnie przyjęto zasadę *pacta sunt servanda*, nie było więc potrzeby sięgać do jej korzeni. Skoro naturalnie zrozumiałe było, że wszystkie umowy były skuteczne, nie potrzeba było dodatkowych wyjaśnień, zwłaszcza, że zwyczaj w tym zakresie był jednolity. Heineccius zanotował wagę pytania o umowy gołe z perspektywy prawa rzymskiego, ale przede wszystkim podkreślił w opozycji do rzymskich subtelnosci klarowne stanowisko prawa ówczesnego: każda umowa zawarta z przemyślanym zamiarem rodziła zobowiązanie i dawała skargę. Korzeni tej zasady dopatrywał się raczej w pierwotnym prawie germańskim, a nawet szerzej – w germańskiej kulturze, która wysoko ceniła sobie zaufanie. Odwoływanie się do prawa kanonicznego w tym kontekście było nie tylko zbędne – było według niego nawet błędne, skoro nie prowadziło do lepszego poznania badanego zagadnienia.

Na przykładzie prac Heinecciusa widać w jaki sposób zastosowanie metody szkoły prawa natury w ramach *usus modernus* przesunęło akcent z oparcia zaskarżalności wszystkich umów na prawie narodów i opinii uczonych w stronę podkreślenia wiodącej roli zwyczaju i poszukiwanie tego, co zgodne z aksjomatem wynikającym z prawa natury: połączenie praktycznego zastosowania prawa rzymskiego z tym przyjętym aksjomatem dało skutek w

⁶⁶¹ Heineccius (1747) ad Dig. 2.14, § 350, 119-120: „Quamvis autem omnia omnino pacta, deliberato animo inita, obligent iure naturali et gentium: Romanum tamen ius non omnibus conventionibus adstitit, non quod perfidiam probassent Romani, vel eum non improbum credidissent, qui fidem non liberaret (...) sed quod negotiorum fidem in contractibus sanxissent (...) adeoque perlusorie eum egisse iudicarent, qui modum fidem adstrigendi legitimum, stipulationem puta, neglexisset”.

⁶⁶² Heineccius (1747) ad Dig. 2.14, § 374, 126: „At hodie omnia pacta, animo deliberato inita, et legibus bonisque moribus haud repugnantia, et obligationem et actionem producere, non ambigitur”. Zob. Tanaka (1993) 358; 355, przyp. 149.

⁶⁶³ O roli aksjomatów w metodzie Heinecciusa zob. Wardemann (2007) 23-32.

postaci spadku znaczenia pytania o zaskarżalność wszystkich umów. Mając zaś świadomość siły oddziaływania Heinecciusa widać, w jakim kierunku zmierzało prawoznawstwo⁶⁶⁴.

2.7.3.5. Ludwik Julius Friedrich Höpfner

Kolejny krok *usus modernus* w stronę XIX-wiecznego niemieckiego prawoznawstwa stanowił komentarz Ludwika Juliusa Friedricha Höpfnera (1743-1797)⁶⁶⁵ do dzieła Heinecciusa, a zatem także przykład zastosowania metody prawnonaturalnej w *usus modernus*. Höpfner napisał swój komentarz po niemiecku, co miało znaczenie dla jego recepcji i stanowiło symboliczny kamień milowy w niemieckiej i europejskiej jursprudencji – zastosowanie języka narodowego wiązało się z początkiem dogmatyki narodowej.

Do problematyki zaskarżalności umów odniósł się Höpfner w kilku miejscach swojego *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen*⁶⁶⁶. W paragrafie *Die Verträge sind entweder pacta oder Contracte* podjął się wyjaśnienia rozbieżności między postulatem prawa natury co do mocy wiążącej wszystkich umów po spełnieniu określonych warunków, a stanowiskiem prawa rzymskiego. Höpfner wskazał trzy konkretne wymogi dla uznania postulatu prawa natury: umawiający musieli się zgodzić, zgoda musiała być rzeczywista, a obowiązywaniu umowy nie przeszkadzała żadna okoliczność fizyczna lub moralna. Wyjaśnił dalej, że rzymski podział porozumień na kontrakty i umowy nie wynikał z tego, że Rzymianie godzili się na łamanie umów, lecz raczej z tego, że nie zawsze w przypadku umów można było znaleźć na tyle poważną i roztropną wolę umawiających się, żeby przyznawać im skuteczne skargi: Rzymianie uznali, że z przyznaniem skargi z każdej umowy łączyła się pewna szkodliwość, której należało uniknąć⁶⁶⁷. W tym miejscu nie odniósł się on jednak do ówczynie przyjętego rozwiązania.

Wrócił natomiast do niego nieco dalej, omawiając rodzaje umów. Wspomnił przy tej okazji o tym, że w Niemczech na mocy starodawnej zasady wszystkie umowy miały moc

⁶⁶⁴ Wystarczy wskazać, że jego *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* między 1702 a 1998 r. zostały wydane aż 178 razy – zob. Wardemann (2007) 102-119.

⁶⁶⁵ Plohmman (1992) 22-25; Wieacker (2003) 174-175.

⁶⁶⁶ Szerzej o zaskarżalności umów u Höpfnera zob. Plohmman (1992) 100-110.

⁶⁶⁷ Höpfner (1818) ad I. 3.14, § 745, 586-587: „Nach dem Naturrecht verbindet jeder Vertrag, wenn nur a) die Paciscenten consentiren konnten, b) wirklich consentirt haben, und c) der Gültigkeit des Vertrags kein physisches oder moralisches Hindernis im Wege steht. Die Römischen Gesetzgeber aber haben es nicht für rathsam gehalten, alle nach dem Naturrecht gültigen Verträge auch im Staate für ganz verbindlich zu erklären; weil auf diese Weise ein Bürger zu leicht übereilt werden könnte. Sie billigen es nicht, wenn Jemand einen Vertrag nicht halten will. Sie glauben aber doch, daß es auf der andern Seite schädliche Folgen habe, wenn man aus jedem Vertrag, der nach dem Naturecht gilt, auch in der Republik eine Klage verstatte, weil nicht bey allen Verträgen ein ernstlicher und überlegter Wille der Paciscenten Statt finde. Hieraus entsteht die im Römischen Recht so wichtige Distinction zwischen Contracten und pactis”.

zobowiązującą, z kilkoma zastrzeżeniami. Musiały one spełniać ogólne warunki wyrażone we wcześniejszych paragrafach, nie mogły być zakazane przez postanowienia prawa rzymskiego lub niemieckiego i nie były uznane za nieważne⁶⁶⁸. W przypisie do tej uwagi Höpfner zamieścił odniesienie do stanowiska prawa kanonicznego w kwestii zaskarżalności umów. Odniesienie to składało się z odesłania do kilku dysertacji poświęconych w szczególności problematyce zaskarżalności umów, a zamykała je uwaga autora, że niektórzy twierdzili, iż już w prawie kanonicznym wszystkie ważne umowy dawały skargę. Uwagę tę wieńczyło odesłanie do komentarza romanisty i kanonisty, ucznia Cujasa, mianowicie Jeana de Lacoste (Ioannes a Costa, 1560-1637)⁶⁶⁹. Na tym Höpfner skończył przypis, zatem odniesienie tego zagadnienia do prawa kanonicznego było bardzo skąpe⁶⁷⁰.

Höpfner słyszał więc o tym, że niektórzy łączyli zaskarżalność umów z prawem kanonicznym, ale bardziej oczywiste było dla niego, że opierała się ona na prawie natury i na tradycji prawa germańskiego. Choć zatem pojawiła się u niego uwaga o c. *Antigonus* trudno uznać, by koncepcje kanonistów miały jakikolwiek wpływ na jego prezentację problematyki umownej. Warto dodać z drugiej strony, że wiedział on oczywiście o ogólnym znaczeniu prawa kanonicznego dla prawa cywilnego, czego wyrazem był choćby pierwszy załącznik do jego komentarza, w którym zaprezentował czytelnikowi *Corpus Iuris Canonici*⁶⁷¹. Tym niemniej widać na przykładzie jego dzieła, że w drugiej połowie XVIII w. zagadnienie zaskarżalności wszystkich umów pojawiało się w ramach wyjaśniania prawa rzymskiego, ale bez uznania wpływów prawa kanonicznego na zasady obowiązujące w XVIII w. Choć dominującą rolę odgrywało prawnonaturalne uzasadnienie wiążącej mocy umów, to nadal łączono je z prawem rzymskim, ponieważ to prawo rzymskie było stosowane przez sądy.

2.7.3.6. Christian Friedrich von Glück

Podążając śladem jurysprudencji *usus modernus* pozostającej w zakresie rozumienia podstaw porządku prawnego pod wpływem jusnaturalizmu skończyć wypada na monumentalnej *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* Christiana Friedricha von Glücka

⁶⁶⁸ Höpfner (1818) ad I. 3.14, § 747, 589: „In Deutschland sind vermöge uralter Grundsätze alle Verträge obligatorisch, wenn sie nur die Erfordernisse haben, welche § 734 etc. beschrieben worden, und wenn sie nicht durch ein besonders Römisches oder Deutsches Gesetz verboten, und für ungültig erklärt worden sind”.

⁶⁶⁹ Schulte (1880) 578; van Hove (1945) 536.

⁶⁷⁰ Höpfner (1818) ad I. 3.14, § 747, (7), 590: „*Bruckner* diss. de vi pactor. nudor. hodierna, eiusque vero fundamento, Ien. 1721. *Bastineller* diss. de actione ex quocunq. pacto moribus data, Viteb. 1718. Hauptsächlich aber *Hamberger* diss. de non usu stipulationum usuque pactorum in foris Germaniae, in opusc. n.3 und *Wernher* Part.2 obs.280. Einige behaupten, daß schon nach dem Canonischen Recht alle gültigen Verträge eine Klage hervorbrachten. Allein man s. *Ian. a Costa* ad decretal. lib.1 Tit.35 pag.223 sqq”.

⁶⁷¹ Höpfner (1818) *Erster Anhang*, 837-842.

(1755-1831)⁶⁷², która zgodnie ze swoim skromnym tytułem zbierała dorobek setek jurystów omawianego nurtu. Wprawdzie jej powstanie wykracza poza wiek XVIII, to warto mimo wszystko zweryfikować zaobserwowaną ewolucję poglądów doktryny na podstawie wyjaśnień Glücka. Nawiasem mówiąc, akurat tom poświęcony tytułowi *De pactis Digestów* został po raz pierwszy opublikowany w 1796 r.

W swoim obszernym wyjaśnieniu tytułu *De pactis* (autor poświęcił mu aż dwa tomy komentarza) Glück odniósł się do bardzo wielu, o ile nie wszystkich, zagadnień związanych z prawem umów rozpoznanych w doktrynie. Pisał więc szeroko o kwestiach, które pobieżnie zostały wyżej przywołane przy referowaniu poglądów wcześniejszych autorów, np. o podziale porozumień w Rzymie, o postulatach prawa natury dotyczących zaskarżalności umów, czy o roli pretora w uzupełnianiu rzymskiego systemu zobowiązań. Przedstawił także ewolucję kontraktu stypulacji, która stała się w Rzymie i później narzędziem do osiągnięcia skuteczności umów⁶⁷³. Bardziej szczegółowo wystarczy jednak przedstawić fragmenty ostatniego paragrafu pierwszego tomu jego wyjaśnień prawa umów, tj. *Wirkungen der bloßen Verträge nach römischen und teutschen Rechten*.

Glück podjął się w nim wyjaśnienia kwestii skuteczności umów gołych z perspektywy zarówno prawa rzymskiego, jak i niemieckiego. Wspomniał więc i o prawnonaturalnej ocenie umów gołych, i o rzymskich sposobach postępowania z umowami gołymi. Podkreślił przede wszystkim, że ówczasie umowy gołe wywierały już skutek w prawie, a rzymskie rozróżnienie na kontrakty i umowy gołe straciło na znaczeniu, bowiem według prawa niemieckiego wszystkie umowy były wiążące⁶⁷⁴. Stąd przeszedł do kwestii ewentualnego wpływu prawa kanonicznego na tę doktrynę. Glück przywołał pogląd innego jurysty, Augustina von Leyser, który wywodził zaskarżalność wszystkich umów z nowego prawa rzymskiego, ale twierdzenie to nie znajdowało oparcia w rzetelnej interpretacji konstytucji cesarza Leona, bowiem nie zniosła ona rozróżnienia na kontrakty i umowy, jak chciał von Leyser. W tym kontekście Glück przywołał zdanie wielu innych autorów, według których należało szukać podstaw ówczesnej mocy obowiązującej wszystkich umów w prawie kanonicznym⁶⁷⁵. O ile jednak niemiecki prawnik zgodził się z tym, że prawo kanoniczne przyznawało skargi wszystkim umowom, o tyle jednak zauważył, że nie miało to związku ze

⁶⁷² Wieacker (2003) 174-175; Hirata (2006).

⁶⁷³ Glück (1796) ad Dig. 2.14, § 306, 223-225; § 311, 255-258.

⁶⁷⁴ Glück (1796) ad Dig. 2.14, § 312, 279-281 (w przypisach podał literaturę szczegółową dotyczącą tego zagadnienia, podobnie jak Höpfner, ale Glück wskazał jeszcze więcej opracowań).

⁶⁷⁵ Jako jego zwolenników przywołał Carpzova, Struvego, Rittershausena, Matthiasa Steina i Cocceiusa: Glück (1796) ad Dig. 2.14, § 312, 281, przyp. 37.

zmianą doktryny o stypulacji: prawo kanoniczne nie wypowiedało się na jej temat, a to ze stypulacji niektórzy próbowali uczynić argument na rzecz zaskarżalności wszystkich umów. Glück nie był przekonany, że Niemcy powinni łączyć z prawem kanonicznym zaskarżalność umów w Niemczech⁶⁷⁶.

Dalej skupił się Glück na wyjaśnieniu dawnego prawa germańskiego jako podstawy ówczesnej zasady prawa umownego. Według niego od dawna twierdzono wśród Niemców, że każda umowa miała swoją specyficzną moc wiążącą. Zarówno świadectwa dawnych pisarzy, jak i stare prawa, potwierdzały, że w tym narodzie wysoko ceniono zaufanie i wytrwałość w zachowywaniu umów. Pozostali też oni wierni swoim dawnym zasadom nie przyjmując rzymskich subtelnosci w prawie umów i uznając, że każde porozumienie było wiążące, niezależnie od tego jak zostało zawarte. Taka zaś praktyka znalazła potwierdzenie choćby w średniowiecznych zbiorach praw⁶⁷⁷. W świetle tych ustaleń Glück jednoznacznie uznał, że powszechna obowiązywalność wszystkich umów była pozostałością prawdziwego dawnego niemieckiego zwyczaju. Dlatego też to właśnie z nim należało wiązać jej początki, a nie ze źródłami prawa kanonicznego⁶⁷⁸. W kolejnych uwagach Glück wykazał, że rzymskie rozróżnienie na kontrakty i umowy nie było już użyteczne w Niemczech co do zasady, choć nie świadczyło to o tym, że prawo rzymskie w ogóle pozbawione było znaczenia: te jego elementy, których przyczyny pozostały aktualne, nadal były wiążące, co zostało potwierdzone konkretnym kazusem⁶⁷⁹.

Do pełnego obrazu stanowiska Glücka wobec badanej kwestii należy dodać przypis, w którym krótko omówił on c. *Antigonus*. Opisał w nim treść rzeczonego kanonu, wskazując, że synod afrykański rozstrzygnął spór między biskupami stwierdzeniem, że umowy muszą być

⁶⁷⁶ Glück (1796) ad Dig. 2.14, § 312, 281-282: „Ob nun gleich Leysers Meinung, welcher die heutige allgemeine Klagbarkeit der Verträge aus dem neuern römischen Rechte herzuleiten suchte, in unsern Tagen wohl nicht leicht mehr einen Vertheidiger finden dürfte, nachdem schon andere sehr einleuchtend gezeigt haben, daß Kr. Leo in der Constitution, woraus Leyser seine Meinung beweisen wollte, nur die feyerlichen Formeln bey den Stipulationen, aber keinesweges den Unterschied zwischen Stipulationen und pactis nudis selbst, aufgehoben habe; so hat doch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten von jeher mehr Anhänger gefunden, welche in dem canonischen Rechte den Grund von der heutigen Gültigkeit der bloßen Verträge zu finden geglaubt haben. Allein so gern ich auch denen beystimme, welche behaupten, daß nach dem canonischen Rechte ein bloßer Vertrag eine Klage begründe, indem dieses Recht überall auf die genaueste Beobachtung der Verträge dringt, und doch nirgendwo der Stipulation gedenkt, wodurch man nach dem römischen Rechte einem bloßen Verträge die Klagbarkeit zu verschaffen suchte; so wenig kann ich mich doch davon überzeugen, daß die Verträge bei den Teutschen erst mit der Einführung des canonischen Rechts verbindliche Kraft erhalten haben sollten”.

⁶⁷⁷ Glück (1796) ad Dig. 2.14, § 312, 282-283.

⁶⁷⁸ Glück (1796) ad Dig. 2.14, § 312, 283: „Es ist daher wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, das die heutige allgemeine Verbindlichkeit der bloßen Verträge eine Reliquie ächter teutscher Sitten sey, und daher aus der Quelle des canonischen Rechts nicht hergeleitet werden könne, wenn gleich dasselbe zur Erhaltung des teutschen Gewohnheitsrechts allerdings mit beygetragen haben kann”.

⁶⁷⁹ Glück (1796) ad Dig. 2.14, § 312, 283-284.

zachowywane. Treść samego kanonu jak i rozstrzygnięcia synodalnego Glück poprzedził dwukrotnym wyrażeniem własnej oceny słowem *merkwürdig*, zaś do tego opisu dodał odesłanie do dalszej literatury. Wskazał na autorów reprezentujących odmienny pogląd, a więc zapewne tych, którzy inaczej interpretowali synodalną formułę, a na koniec dodał, że już w innym miejscu Ludwik Friedrich Griesinger dostatecznie obalił próby uzasadniania zaskarżalności umów poprzez zbyt uproszczone odwołanie do prawa kanonicznego⁶⁸⁰. (Na jego wywodzie zresztą Glück oparł i swój przypis⁶⁸¹).

Zbierając powyższe obserwacje dotyczące obecności w *Ausführliche Erläuterung der Pandecten* argumentacji średniowiecznej kanonistyki można uznać, że z jednej strony Glück wskazał podstawowe źródła prawa kanonicznego w tym zakresie oraz ich znaczenie dla koncepcji zaskarżalności wszystkich umów, zaś z drugiej odmówił im relewantności w przypadku prawa niemieckiego, które – w jego ocenie – własnymi siłami dokonało twórczej reinterpretacji prawa rzymskiego. Glück nie silił się także na wyjaśnianie rozumowania kanonistów, ale jedynie ograniczył się do wzmiankowania prawa kanonicznego i odesłania do dalszej literatury. Nie dziwi, że u progu XIX stulecia przedstawiciel *usus modernus* znał tak odległe już w czasie zagadnienie doktrynalne, ze względu na rozmach jego komentarza. Trudno jednak uznać dzieło wieńczące dorobek *usus modernus* oraz szkoły prawa natury za przykład recepcji myśli kanonistycznej. Wydaje się, że Glück przyjmował przy tym aksjomat wiążącej mocy umów z prawa natury, którego dodatkowym uzasadnieniem było dla niego prawo germańskie, choć jego narracja o tradycji germańskiej nie była oparta na szerokiej analizie źródeł.

2.7.4. Wnioski

Na przykładzie rozwoju *usus modernus Pandectarum* można dobrze pokazać ewolucję jurysprudencji zajmującej się prawem prywatnym. W kontekście średniowiecznej doktryny

⁶⁸⁰ Glück (1796) ad Dig. 2.14, § 312, 282, przyp. 39: „*Cap.1 et 3 X de Pactis*. Merkwürdig ist es, daß nach dem Cap.1 cit. der Bischoff Antigonus vor der afrikanischen Synode als Kläger auftrat, und verlangte, daß Optantius, mit dem er wegen seiner Diöcesanrechte paciscirt hatte, angehalten werde, dem Verträge nachzuleben. Merkwürdig ist es ferner, daß die Synode diesen Streit blos aus dem Gesichtspuncte, daß Verträge gehalten werden müßten, entschied. Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur. Anderer Meinung sind zwar *Ian. a COSTA* in Summar. et Commentar. in Decretal. Gregorii IX Lib.1 Tit.35 pag.224 sq. *Casp. ZIEGLER* in Praelect. publ. in Decretales pag.3 sqq. *GONZALEZ TELLEZ* in Comm. ad cap.1 X de pactis, und *Io. Car. van WACHENDORF* D. de pactis nudis Cap.3 (*Triad. Dissertation.* pag.553 sqq.). Allein die Gründe derselben sind schon vor andern hinlänglich widerlegt worden. S. Griesinger in der Abhandlung von der Verbindlichkeit der Verträge 1.Buch 4.Kap. § 10 S.42 ff^c. Intrygujące jest obok treści samego przypisu także to, że nie ma do niego odesłania w tekście głównym wywodu Glücka (sic!), trudno jednak wiązać z tą okolicznością daleko idące wnioski.

⁶⁸¹ Griesinger (1793) 45.

kanonistów analiza przykładowych prac prawników reprezentujących ten nurt prowadzi do kilku wniosków. Po pierwsze, wydaje się, że trudno mówić w tym przypadku o szerokiej recepcji prawa kanonicznego. Na pewno nie doszło do recepcji rozumianej jako przejęcie tych samych rozwiązań na poziomie dogmatyki, nie widać też zbyt wielu podobieństw w zakresie argumentacji na rzecz przyjętego rozwiązania dogmatycznego (z wyjątkiem literatury porównawczej). Wydaje się, że można mówić o recepcji w zakresie podobieństwa funkcjonalnego: rozwiązanie oferowane przez kanonistów i przez prawników *usus modernus* pełniły podobne funkcje, choć inna była podstawa argumentacji. Niekiedy opierała się ona na uznaniu obiektywnego ładu prawa natury, tam gdzie prawnicy niemieccy przyjmowali aksjomaty jusnaturalistów – wtedy to podobieństwo funkcjonalne było jeszcze bardziej wyraźne. Na początku w jurysprudencji świeckiej było wprowadzenie prawa kanoniczne istotnym punktem odniesienia (zwłaszcza w literaturze porównawczej), ale raczej jako jeden z kilku przykładów potwierdzających utrwalającą się podówczas tezę, że faktycznie wszystkie umowy cieszyły się ochroną prawną. Z czasem, w zasadzie już od XVII w., prawo kanoniczne straciło jakiegokolwiek znaczenie i ze statusu ważnego punktu odniesienia przeszło do roli ciekawostki historycznej, którą finalnie przytaczano głównie w celu odrzucenia jej wartości poznawczej⁶⁸².

Po wtóre, szybko zaniknęły także odesłania do argumentacji teologicznej kanonistów: po Vinniusie (omówionym w podrozdziale dotyczącym jurysprudencji holenderskiej) i Rittershausenie oraz Maesteritusie (którzy jednak byli autorami mniej wpływowych dzieł) zanikły odniesienia do kanonistycznego wykładu wiążącej mocy obietnicy. Po Struvem w zasadzie wszystkie odesłania w ramach *usus modernus* skupiały się na przywołaniu samych źródeł prawa kanonicznego, z czego wynikała także ich odmienna interpretacja od tej, którą rozwinęli kanoniści. Wobec tego i same przywoływane źródła przestały nieść ze sobą znaczenie, które przypisywały im pokolenia kanonistów, a autorzy *usus modernus* chętnie polemizowali z ich kanoniczną wykładnią.

Było to wynikiem tego, że – po trzecie – kwestia ta w ogóle traciła na znaczeniu w dyskursie prawniczym. Razem z utratą prawnej relewancji zagadnienia zaskarżalności umów wobec jednolitej praktyki, także i historyczne subtelności związane z jej rodowodem i rozwojem odeszły w cień. Jednocześnie nadal jednak uzasadnienia oparte na prawie

⁶⁸² Choć Nanz (1985) 143 nie wahał się uznać oddziaływania średniowiecznej kanonistyki na *usus modernus* za jeden z dwóch przykładów wpływu tradycji teologicznomoralnej na powstanie nowożytnej teorii umów (obok oddziaływania drugiej scholastyki na szkołę prawa natury). Wydaje się, że jest to jednak przypisanie jej zbyt wielkiej wagi.

naturalnym czy dawnych zwyczajach nadal były powtarzane, co pokazuje, że kwestia legitymizacji wiążącego charakteru umów nie była całkowicie pozbawiona znaczenia.

Wreszcie, dla autorów *usus modernus* historia prawa miała znaczenie retoryczne czy też symboliczne, ale z tego względu chętniej poszukiwali oni innych potencjalnych korzeni dla nowej zasady niż te związane z Kościołem katolickim. Skoro nowa zasada była ufundowana na pewnej opozycji do prawa rzymskiego, to te korzenie odnaleziono w dawnym prawie germańskim i to jemu przypisano istotne znaczenie dla uzasadnienia ówczesnej praktyki przeciwnej prawu rzymskiemu. Z punktu widzenia motywacji omówionych autorów znacznie bardziej atrakcyjne było oparcie nowej zasady na twierdzeniach o wiekowej tradycji germańskiej, niż na niejasnych już źródłach kanonicznych. Niechęć do doktryny kanonistycznej miała także swoje uzasadnienie w różnicy wyznania między kanonistami a prawnikami niemieckimi.

Wszystkie te procesy doprowadziły do zbudowania podstaw dla powstania pandektystycznej teorii umów⁶⁸³, która z zasady nie miała zajmować się moralnością, a więc także argumentacja kanonistów byłaby dla niej zupełnie obca, o ile została by faktycznie przekazana w ramach jurysprudencki *usus modernus* do tego czasu. Pod wpływem niemieckiej filozofii idealistycznej także jurysprudencja wobec napięcia między *sein* a *sollen* zaczęła skłaniać się do uznawania większej roli powinności. Poprzez pandektystykę zaś *usus modernus* wpłynął także na kształt niemieckiej kodyfikacji.

2.8. PODSUMOWANIE

Trudno zebrać w podsumowaniu obszerny materiał źródłowy, zwłaszcza gdy jego analiza w przypadku poszczególnych nurtów, a nawet konkretnych autorów, doprowadziła do tak różnorodnych wniosków. Podążając za nadanymi poszczególnym nurtom sztyldami opisującymi ich stosunek do kanonistycznej doktryny średniowiecznej można spróbować skrótowo przedstawić wyniki przeprowadzonych badań.

Kanonistyka zachowała ciągłość z doktryną średniowieczną, choć nie oznaczało to przyjęcia jej w całości – uznanie wiążącej mocy umów nie było jednoznaczne z uznaniem ich zaskarżalności, w różny sposób nowożytni kanoniści odnosili się więc do tych samych problemów procesowych, które dzieliły także ich poprzedników. Widać również w ramach kanonistyki wszystkie argumenty średniowieczne, ale z czasem oddziaływanie nauki prawa kanonicznego znacznie się zmniejszyło, w związku z czym nawet to, że argumenty

⁶⁸³ Savigny (1853) § 52, 7-16.

średniowieczne były powtarzane, nie miało wpływu na świeckie prawoznawstwo. Co więcej, kanoniści chętniej sięgali do argumentacji zbliżonej np. do tej opracowanej w szkole prawa natury. W ramach drugiej scholastyki przyjmowano za oczywisty teologiczny nakaz dotrzymywania danego słowa i chętnie sięgano do argumentu teologicznego, choć w miarę upływu czasu czyniono to w coraz mniejszym zakresie. Teologowie moralni cieszyli się jednak na przełomie XVI i XVII w. dużym uznaniem i przez to wpływali także na prawników świeckich, choć zagadnienie wiążącej mocy umów prezentowali wężiej niż kanoniści.

Nie było to natomiast przedmiotem zainteresowania humanistów, którzy stali na pozycjach prawa rzymskiego, odrzucając zaskarżalność umów gołych i użyteczność prawa kanonicznego dla ogólnej teorii umów. Nieco inaczej rzecz miała się w przypadku jurysprudencji holenderskiej, która korzystając z dorobku humanistów przywoływała przykład prawa kanonicznego dla poparcia twierdzenia o wiążącej mocy wszystkich umów, ale już bez odniesienia do kanonistycznej argumentacji. Stopniowo malało znaczenie tego przykładu wobec coraz powszechniejszej praktyki nakazującej przestrzeganie umów, tak, że z czasem prawo kanoniczne zaczęło się pojawiać tylko zdawkowo i kwestionowana była jego wartość dla diskutowanego zagadnienia. Wiązać się to mogło z konfesją i humanistów, i jurystów holenderskich.

Z pewnością wyznaczenie miało wpływ na brak odniesień do doktryny kanonistycznej w ramach szkoły prawa natury. Choć przyjęła ona tę samą doktrynę co kanonistyka, to stało się to w pewnym zakresie przez jej zapośredniczenie w drugiej scholastyce. Bardziej jednak wynikało to z rozpoznania jako nakazu prawa naturalnego obowiązku przestrzegania umów, niezależnie od wymogów formalnych prawa cywilnego. Na nowo zatem odkryto tę samą prawdę, co w średniowieczu, ale rozwój metody naukowej doprowadził do zmniejszenia roli nakazu etycznego: doktryna o wiążącej mocy umów znalazła swoje uzasadnienie w dogmatycznej analizie możliwej dzięki wypracowaniu spójnej teorii umów. W takiej formie szkoła prawa natury wywarła również wpływ na pierwsze kodyfikacje.

Usus modernus początkowo sięgał do prawa kanonicznego dla wsparcia postulatu nieoczywistego jeszcze w połowie wieku XVII, ale z czasem wiążąca moc umów została przyjęta powszechnie, a ograniczając się do wskazania kilku kanonów odwołania do prawa kanonicznego przeszły z tekstu głównego do przypisów wielkich traktatów, gdzie w zasadzie uległy zapomnieniu. Nie było też mowy w tym przypadku o powtarzaniu kanonistycznej argumentacji, skoro reprezentanci *usus modernus* dalecy byli od wspierania katolicyzmu. Chętniej dla uzasadnienia nowej zasady sięgali do jej (dyskusyjnych) źródeł w dawnym prawie germańskim czy łączyli swoje rozważania wokół dostosowania prawa rzymskiego do

współczesności z metodą prawnonaturalną i w niej znajdowali uzasadnienie dla wiążącej mocy umów. Takie zdogmatyzowane podejście, dalekie od moralności, stało się punktem wyjścia dla narodzin pandektystyki w ogóle niezainteresowanej znaczeniem nakazów moralnych w prawie. Stąd też próżno także szukać takiego uzasadnienia dla swobody umów w kodyfikacji niemieckiej.

*

Możliwe jest także wskazanie trzech bardzo ogólnych wniosków dotyczących losów kanonistycznej argumentacji w okresie nowożytnym. Przede wszystkim wypada uznać, że argumentacja ta była w odwrocie (poza, oczywiście, kanonistyką i drugą scholastyką, których oddziaływanie stało się jednak z końcem XVII w. irrelewantne): albo została odrzucona od razu (jak w przypadku humanizmu i szkoły prawa natury), albo z czasem zostało jej znaczenie podważone i ostatecznie zapomniane (jurysprudencja holenderska, *usus modernus*). Idąc dalej, można wskazać przyczyny takiego rozwoju rzeczy: humanizm w ogóle nie potrzebował zaskarżalności wszystkich umów, zaś w ramach tych nurtów, które oddziaływały najdłużej, tj. szkoły prawa natury i *usus modernus* (choć podobnie było w przypadku jurysprudencji holenderskiej), uzasadnienie kanonistyczne stało się zbędne. Wiążącą moc umów dało się wyprowadzić z prawa natury lub z *ius gentium*, lub z połączenia prawa germańskiego i zwyczaju. Wreszcie, taki ogląd sprawy pozwala uzasadnić to, że wkład kanonistyki w opracowanie zasady *pacta sunt servanda* został na pewien czas (choć gdzieś trwał ten stan do dziś) zapomniany – ponieważ to dwa ostatnie przedstawione modele prawoznawstwa wpłynęły na kształt kodyfikacji, prawo kanoniczne i kanonistyka zupełnie przestały się liczyć dla uzasadnienia swobody umów, zwłaszcza, że w formie skodyfikowanej swoboda umów została oparta na koncepcji prawa prywatnego zbudowanego jako struktura dogmatyczna.

Wracając zaś ponownie do metafory progu swobody umów można powiedzieć, że prawoznawstwo nowożytne faktycznie ten próg przekroczyło, korzystając z tego, że Rzymianie do niego się zbliżyli, a kanoniści otworzyli drzwi: pytaniem aktualnym pozostaje jednak kwestia tego, co doktryna nowożytna zrobiła po przekroczeniu tego progu – czy przypadkiem motywy stojące u podstaw tego ważnego dla europejskiej tradycji prywatnej kroku nie zostały zapomniane lub nawet pozostawione za drzwiami?

*

Wraz z kodyfikacjami powstały oparte na nich narodowe dogmatyki prawa prywatnego: w wyniku swoistej „nacjonalizacji” prawa prywatnego rozwinęła się wąska dogmatyka, która straciła z punktu widzenia historyczną jedność europejskiej nauki prawa⁶⁸⁴. Swoboda umów opiera się zatem na dogmatycznych konstrukcjach, a skomplikowaną przeszłość prawa widać tylko w odmiennościach tych konstrukcji, tj. w różnicach w ujęciu swobody umów przez poszczególne ustawy. Stąd też zrodziło się pytanie o wartość sięgania do wspólnego dla europejskiej nauki prawa doświadczenia, czyli do średniowiecznej kanonistyki. Może być ona jednym ze źródeł dla zbudowania alternatywy wobec dogmatycznie rozumianej swobody umów, by znaleźć odpowiedzi na wyzwania współczesności, wobec których staje dziś prawo kontraktowe. Nie jest to jedyna droga, gdyż widać, że pytanie o głębszą *ratio* swobody umów w skodyfikowanym prawie cywilnym zaczyna być dyskutowane⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Zimmermann (1991-1992) 1719-1721.

⁶⁸⁵ Np. Garofalo (2018).

ROZDZIAŁ 3. AKTUALNOŚĆ ŚREDNIOWIECZNEJ ARGUMENTACJI KANONISTÓW A WSPÓŁCZESNE TEORIE UMÓW

3.1. WPROWADZENIE

Treść poprzednich rozdziałów stanowiła próbę stworzenia fundamentu pod refleksję nad śladami oraz potencjałem argumentacji kanonistycznej we współczesnym prawoznawstwie poprzez prezentację historii tej argumentacji oraz jej losów w okresie nowożytnym. Doświadczenie prawnicze z przeszłości poznane w ten sposób ma potencjał, by stać się użytecznym narzędziem współcześnie. Z tego względu warto zmienić metodę, wyjść poza historię prawa i skonfrontować przesłanie doświadczenia historycznego z podobnymi funkcjonalnie dyskusjami nad prawem umów toczonymi obecnie. Zadając sobie pytanie, dlaczego warto sięgać do argumentacji kanonistycznej, wypada wyjaśnić, jaki jest dzisiaj sens pytania o uzasadnienie swobody umów. Rozdział ten opiera się na uznaniu, że istnieje ścisła relacja między swobodą umów, *ratio* tej swobody oraz ogólną teorią umów. Ogólna teoria umów towarzyszy doktrynie prawa prywatnego tworząc dogmatyczne ramy, w których lokuje się swoboda umów. W konsekwencji omawiane w tym rozdziale kwestie dotyczą kluczowych zagadnień prawa prywatnego i to w różnych państwach i w różnym czasie. Mając na uwadze rozległość tego zagadnienia, w tym także szeroką gamę perspektyw jego ujęcia, nie sposób było skorzystać w sposób wyczerpujący z literatury, aczkolwiek można wskazać prace, które były szczególnie użyteczne dla opracowania tej syntezy⁶⁸⁶.

Z uwagi na przyczyny historyczne i społeczne podejście *common law* do kwestii wiążącej mocy umów przedstawia się zgoła odmiennie niż w skodyfikowanym prawie prywatnym na kontynencie. Bardziej prawdopodobne jest występowanie funkcjonalnych podobieństw do prawa przedkodyfikacyjnego – w szczególności do dyskusji kanonistów nad obowiązkiem wykonania umowy – w dyskusji anglosaskiej niż w tradycji *civil law*. Inny katalog źródeł prawa i inne postrzeganie obowiązywania prawa wpływają na to, że wobec braku wyczerpującej regulacji ustawowej znacznie większe znaczenie ma nauka prawa, a dyskusja wokół *rationes* wiążącej mocy kontraktu jest bardziej ożywiona niż w Europie kontynentalnej⁶⁸⁷. Stąd też w doktrynie anglosaskiej stawia się pytania o wiążącą moc umów, na które przedstawiono wiele odpowiedzi. W ramach prezentacji teorii kontraktu zostanie

⁶⁸⁶ Zaliczają się do nich z pewnością: Radwański (1977); Gordley (1991); Wieacker (2003); Smith (2007).

⁶⁸⁷ W ramach tego rozdziału co do zasady termin „kontrakt” oraz „teoria kontraktu” były wykorzystywane przy opisywaniu prawa i doktryny anglosaskiej.

podjęta próba naszkicowania roli argumentacji historycznej w tych teoriach oraz losy ogólnej teorii umów zaproponowanej w doktrynie w XIX w. Zostanie również przedstawiona jedna z możliwych propozycji systematyki teorii kontraktu oraz *pars pro toto* zostaną pokazane aktualne kontrowersje wokół teorii kontraktu⁶⁸⁸.

Kanonistyczne argumenty, które prowadziły doktrynę średniowieczną w kierunku uznania swobody umów, można zestawić z argumentacją na temat *ratio* wykonania umowy w anglosaskich teoriach kontraktu. Takie zestawienie pozwala uchwycić szereg analogii między argumentami sprzed kilku wieków i współczesnymi koncepcjami. Zostanie zatem podjęta próba weryfikacji tego, czy zachodzi jakieś funkcjonalne podobieństwo między nimi. Ta skromna próba będzie przeprowadzona *in concreto* – na przykładzie wybranej wpływowej publikacji na temat filozoficznych podstaw kontraktu – oraz w sposób bardziej abstrakcyjny, tak by zweryfikować uniwersalność argumentacji kanonistów.

Prima facie zdaje się, że pytanie o *ratio* wiążącej mocy umów w tradycji *civil law* stało się nieaktualne, gdy zasadę swobody umów wyraziły przepisy ustawy pozytywizujące XVIII-wieczne i XIX-wieczne ogólne teorie umowy. Zostanie wobec tego przedstawiona kwestia relacji między swobodą umów a ogólną teorią umów. Pod tym sformułowaniem można rozumieć wypracowaną w doktrynie koncepcję oparcia prawa umów na podstawie ogólnej definicji umowy i wynikających z niej skutków dla wszystkich umów, w opozycji do teorii umownych budowanych wokół konkretnych typów kontraktów. Celem stworzenia takiej ogólnej teorii było zapewnienie wyczerpującego instrumentarium dogmatycznego do rozwiązywania problemów z zakresu prawoznawstwa. Ogólna teoria umów stoi współcześnie u podstaw wszystkich kodyfikacji, które *explicite* albo *implicite* uznają swobodę umów. Naszkicowanie genezy zasady swobody umów wynikającej z doktrynalnego opracowania ogólnych teorii umów we Francji, w Niemczech i w Polsce pozwoli uchwycić podstawy uzasadniania swobody umów w skodyfikowanym prawie cywilnym w ogólności, a na przykładzie polskim pokazać także niedostatki dyskusji nad swobodą umów ograniczonej tylko do dogmatyki prawa obowiązującego. Rodzi się pytanie, czy jednak na pewno kwestia ta straciła na znaczeniu. Po krótkim wyjaśnieniu znaczenia uzasadniania wiążącej mocy umów także we współczesnym prawie prywatnym zostanie postawione na koniec pytanie o to, czy i ewentualnie jak doświadczenie średniowiecznej kanonistyki może wzbogacić refleksję nad *ratio* mocy wiążącej zawieranych porozumień jako podstawy ogólnych teorii

⁶⁸⁸ Można także porównywać kształt realizacji swobody umów w porządkach kontynentalnych i w *common law*, ale to nie będzie celem tego rozdziału – zob. np. Kaczorowska (2008).

umów. W ten sposób zostanie podjęta próba weryfikacji stanowiska, że istnieje coś „zewnętrznego” wobec dogmatyki prawa prywatnego, zaś poszukiwanie *ratio* umów nie powinno ograniczać się do analizy dogmatycznej kodeksu, ale sięgać dalej i głębiej by znaleźć zewnętrzny element obiektywny.

Cel zawarty w tym rozdziale rozważań przemawia za pozostawieniem poza jego zakresem kwestii, które stanowią punkty ciężkości w dogmatycznej dyskusji o zagadnieniach swobody umów. Nie będą przedmiotem analizy kształt swobody umów w ujęciu dogmatycznym w różnych porządkach prawnych czy prezentacja całej historii i teorii kontraktu w *common law*. Także układ prowadzonej refleksji wskazuje na to, że przedmiotem badań – odmiennie niż wcześniej – będzie nie historia prawa, lecz raczej odpowiedź na pytania takie jak: dlaczego w prawie skodyfikowanym brakuje pogłębionej dyskusji nad uzasadnieniem swobody umów? Jakie znaczenie ma anglosaska teoria kontraktu dla uzasadnienia wiążącej mocy umów? Dlaczego warto pytać o *ratio* umów? W jakim zakresie może okazać się aktualna argumentacja kanonistyki? Celem będzie zatem wskazanie użytecznej argumentacji opartej i na doświadczeniu historycznym, i na czerpaniu ze współczesnej doktryny obcej.

3.2. RATIO WIĄŻĄCEJ MOCY UMÓW A ANGLOSASKIE TEORIE KONTRAKTU

3.2.1. Uwagi wprowadzające

Ogólna teoria umów, jak zostanie to omówione w szerszym zakresie poniżej, nie wyczerpuje odpowiedzi na pytania o uzasadnienie swobody umów. Odpowiedzi na to pytanie poszukują także współczesne anglosaskie teorie kontraktu, co jest konsekwencją braku ogólnej ustawowej podstawy dla legitymizacji swobody umów i odrzuceniem klasycznej teorii kontraktu⁶⁸⁹. Wobec tego powstało w doktrynie anglosaskiej wiele teorii, które mają służyć wyjaśnieniu tego, co stanowi o specyfice prawa kontraktowego i na czym opiera się moc zobowiązująca umów. Choć zazwyczaj nie stawiają one pytania o swobodę umów, a raczej o naturę i cechy samych kontraktów, to dają się zastosować w rozważaniach nad uzasadnianiem swobody umów, czyli nad ogólnym pytaniem o ich *ratio*⁶⁹⁰.

Można wobec tego mówić o modelu uzasadniania swobody umów, który nie opiera się na ogólnej teorii umów i kodyfikacji, ale raczej na poszukiwaniu teoretycznego i

⁶⁸⁹ Choć przykładowo w Anglii szereg zagadnień związanych z kontraktami jest regulowane przez prawo statutowe, np. ograniczenia swobody w obrocie konsumenckim.

⁶⁹⁰ Sięganie do *common law* przez prawo skodyfikowane może odbywać się także i na innych poziomach. Zob. przykładowo wyjaśnienia dotyczące szczególnych klauzuli umownych we współczesnym prawie cywilnym, które były inspirowane praktyką kontraktową *common law* – Łolik (2014).

filozoficznego uzasadnienia całego prawa kontraktowego. Przyczyną istnienia tego modelu jest przede wszystkim zupełnie odmienne ukształtowanie systemu prawa w *common law* i to na wielu poziomach, choćby w zakresie stosowania prawa i postrzegania roli sędziego czy w zakresie problematyki obowiązywania prawa.

W związku z tym poniżej przedstawiona zostanie próba prezentacji problematyki *ratio* umów w świetle współczesnych anglosaskich teorii kontraktu. Ze względu na to, że teorie kontraktu są od kilkadziesiąt lat przedmiotem bardzo szerokich i różnorodnych badań w dyskusji anglosaskiej, przedstawiony zostanie tylko szkic pozwalający uchwycić pewne istotne zagadnienia. Najpierw zostanie krótko scharakteryzowane znaczenie argumentacji opartej na doświadczeniu historycznym w teoriach kontraktu, ze względu na to, że historia *common law* nie była przedmiotem badań w poprzednich rozdziałach, a zagadnienie to stanowi także kontekst dla uchwycenia specyfiki aktualnej dyskusji anglosaskiej. Dalej można poświęcić uwagę problematyce ogólnej teorii umów w *common law*, by wyjaśnić genezę obecnego rozkwitu refleksji teoretycznej i filozoficznej wokół prawa kontraktowego. Następnie zostanie przywołana jedna z klasyfikacji teorii kontraktu, która pozwala znaleźć orientację pośród dziesiątek proponowanych współcześnie koncepcji. Wreszcie, by zilustrować żywotność i bogactwo teorii kontraktu zostanie przedstawiona próba ujęcia współczesnych problemów teorii kontraktowych, przy uwzględnieniu opublikowanej w 2014 r. pracy *Philosophical Foundations of Contract Law*.

3.2.2. Rola argumentacji historycznej w teoriach kontraktu

3.2.2.1. Teoria kontraktu a historia kontraktu

Ogólne teorie umów wyrastały z historii prawa prywatnego i oddziałującej na nie filozofii, a krystalizowaniu się przez stulecia doktrynalnej zasady swobody umów w tradycji *civil law* były poświęcone dwa pierwsze rozdziały pracy. W związku z tym, że nie było wcześniej mowy o historii *common law* wypada krótko wskazać dwa szczególnie relewantne zagadnienia w zakresie przedmiotu pracy. Pierwsze to dyskutowany w literaturze wpływ kanonistyki na rozwój prawa umownego w *common law*, zaś drugie to zwrócenie uwagi na wykorzystanie argumentacji historycznej we współczesnych teoriach kontraktowych. Pierwsze zagadnienie tworzy swoisty „most” pomiędzy odkryciem swobody umów w średniowiecznej kanonistyce a prawem umownym w *common law*, zaś drugie może służyć jako egzemplifikacja użyteczności odwołania do doświadczenia historycznego przy interpretowaniu współczesnego prawa kontraktowego.

3.2.2.2. Wpływ kanonistyki na anglosaskie prawo kontraktowe

Zagadnieniem interesującym i szerokim jest relacja między prawem kanonicznym a *common law*. W tym miejscu wypada jedynie zasygnalizować dwa potencjalne obszary, w których typowe dla średniowiecznej kanonistyki podejście do wiążącej mocy umów mogło wpłynąć na rozwój *common law*. Oba wiążą się z wiekiem XVI, który był ważnym momentem przemian w zakresie prawa kontraktowego. Przemiany te dotyczyły kwestii przysługujących stronom umowy skarg: poprzez przejście od starych skarg, zwłaszcza od rytu o dług (*writ of debt*) do rytu promisoryjnego (*writ of assumpsit*) zmienił się istotnie także zakres formalności wymaganych wobec stron zawierających umowę, zaś zwieńczeniem tego procesu stało się słynne rozstrzygnięcie *Slade's case*⁶⁹¹. Zagadnienie to jest szerokie i interesujące, lecz poniżej przedstawione zostaną tylko dwa jego elementy, w których badacze historii *common law* skłonni są dopuścić uznanie wpływu prawa kanonicznego⁶⁹².

Po pierwsze, prawo kanoniczne miało prawdopodobnie wpływ na kształtowanie się doktryny *consideration*, która stała się istotnym elementem nie tylko rytu *assumpsit*, ale i całego prawa kontraktowego *common law*⁶⁹³. Prawdopodobnie powstanie tej instytucji miało wiele źródeł⁶⁹⁴, mogło przy tym być inspirowane systemami prawnymi obecnymi w Anglii obok *common law*, tj. *equity law*, prawem kanonicznym i zwyczajami sądów lokalnych⁶⁹⁵. Znanym zaś świadectwem oddziaływania prawa kanonicznego na *common law* było dzieło prawnika Christophera Saint Germana (ok. 1460-1540/1541)⁶⁹⁶, mianowicie dwa dialogi tytułowane wspólnie *Doctor and Student*. W formie rozmowy uczonego reprezentującego kanonistykę (ale i teologię moralną) oraz studenta (praktyka *common law*), dzieło to prezentowało relację między prawem kanonicznym a *common law* z perspektywy sumienia, w ten sposób, że zostało oparte na średniowiecznych traktatach moralnych oraz na precyzyjnych odniesieniach do postępowania sądowego w *common law*⁶⁹⁷. Z ust doktora padły w

⁶⁹¹ O *Slade's case* zob. np. Stoljar (1975) 76-85; Ibbetson (1984); Halberda (2012b). Nawiasem mówiąc, w sprawie tej uznano domniemanie istnienia obietnicy zapłaty nawet gdy nie została ona wyrażona w sposób wyraźny, a więc i w oparciu o fikcję. Sprawa ta miała znaczenie w *common law* nie tylko dla prawa kontraktowego, ale i dla bezpodstawnego wzbogacenia. Funkcjonalnie było to rozwiązanie zbliżone do rzymskiej *condictio ex lege*, co z kolei pozwala na zupełnie innej płaszczyźnie łączyć je ze średniowieczną kanonistyką, która na analogicznej *condictio ex canone* oparła jeden z modeli zaskarżania umów gołych.

⁶⁹² Martínez-Torrón (1998) 126-136. Z bardzo obszernej literatury na temat *assumpsit* zob. np. Simpson (1975); Ibbetson (2002) 126-152; Baker (2003) 839-874; Halberda (2012a) 183-213.

⁶⁹³ W opracowaniu fragmentu poświęconego *consideration* niezwykle pomocne były uwagi Tymoteusza Mikołajczaka i życzliwie przezeń udostępnione maszynopisy jego opracowań na ten temat. Za wszelkie błędy w prezentacji tej doktryny odpowiada autor prezentowanej rozprawy.

⁶⁹⁴ Barton (1969) 390-391.

⁶⁹⁵ Halberda (2012a) 188.

⁶⁹⁶ Barton (1974) xi-xx; Williams (2017).

⁶⁹⁷ Vinogradoff (1908) 377-378.

rzeczonemu dialogu słowa pozwalające łączyć *consideration* z kanonistycznym wymogiem istnienia *causa* dla uznania ważności złożonej obietnicy, inspirowane w szczególności komentowanym wyżej fragmentem *Summa Angelica*⁶⁹⁸, zaś w oparciu o wypowiedzi studenta zostało zawarte spojrzenie na *consideration* pomyślane jako dostosowanie zasad moralności do prawa procesowego⁶⁹⁹. Rozdział z drugiego dialogu *Doctor and Student* na temat gołej umowy i gołej obietnicy według prawa angielskiego oraz ich zaskarżalności, w którym widać inspiracje doktryną kanonistyczną na temat *causa promissionis*, można więc uznać za przykład potencjalnego oddziaływania kanonistyki na *common law* w prawie umów.

Po drugie, można wskazać na zmiany w praktyce procesowej, które wykazał Richard Helmholz⁷⁰⁰. Popularną skargą w sądach kościelnych w średniowiecznej Anglii była skarga dotycząca *causa fidei laesionis seu periurii*. Wykorzystywano ją do dochodzenia przyrzeczonej obietnicy, która przeważnie wiązała się ze sprawami dotyczącymi zapłaty długu powstałego w wyniku braku zapłaty ceny za wydane dobra. Kluczową dla znaczenia tych skarg była składana przez pozwanego przysięga na wiarę – to ona przedłużała jurysdykcję sądu kościelnego, który w tych sprawach nie zajmował się pierwotnym zobowiązaniem, ale jedynie ustalał, czy została złożona obietnica z przysięgą, bowiem to ta kwestia dotyczyła materii duchowej, tj. zagrożenia krzywoprzysięstwem. Sprawy, w których złożono zatem tego typu przysięgę, miały tę zaletę z punktu widzenia powoda, że można ich było dochodzić także na forum kościelnym. Sprawy z tytułu *laesio fidei* stanowiły istotną część orzecznictwa angielskich sądów kościelnych aż do końca XV w., zaś do połowy XVI w. zniknęły z nich niemal całkowicie. W tym samym czasie coraz popularniejsza stawała się skarga *assumpsit*, czyli skarga stosowana w sądach królewskich, również oparta o żądanie spełnienia tego, co zostało obiecanie. Między zanikiem jednej a wzrostem znaczenia drugiej zachodzi zaskakująca koincydencja czasowa – już to może wskazywać na pewną zależność między tymi skargami. Ważniejsze jednak były istotne podobieństwa co do samego charakteru tych skarg: dotyczyły one ustnych umów nieformalnych i generalnie służyły dochodzeniu roszczeń o zapłatę niewielkich kwot (choć *assumpsit* dotyczyła kwot większych); w podobny sposób w żądaniu obu skarg opisywano kwestię pierwotnej transakcji; w obu centralną rolę odgrywało złożenie obietnicy i jej złamanie. Istniały między

⁶⁹⁸ Vinogradoff (1908) 381-383; de Luca (1947) 60; Barton (1969) 386; Barton (1974) lv; Simpson (1975) 377-387. Zob. wyżej, 1.3.2.3.

⁶⁹⁹ Baker (2003) 863-864. Szeroko o znaczeniu prawa kanonicznego dla prawa umów w *Doctor and Student* zob. Simpson (1975) 375-405; Martínez-Torrón (1998).

⁷⁰⁰ Ustalenia podane za Helmholz (1975). Zob. także Martínez-Torrón (1998) 133-135; Helmholz (1990) 53-65; Donahue (1991-1992) 1764-1766; Helmholz (2004) 358-368; Bix (2012) 9.

nimi także znaczące różnice, np. nie było istotnego podobieństwa między tymi skargami na poziomie językowym, różniła je także natura orzekanej szkody oraz dostępny środek zaradczy. Mógł to więc być przykład wykorzystania przez prawników *common law* instytucji bardzo popularnej w sądownictwie Kościoła w Anglii i przeniesienia niektórych jej elementów do innej jurysdykcji w formie *assumpsit*. Wiązało się to oczywiście z wieloma kwestiami, np. z poszerzeniem znaczenia statutu z Preamunire⁷⁰¹ czy odejściem Kościoła w Anglii od jedności z Rzymem, wobec czego konieczne stało się znalezienie praktycznego sposobu dochodzenia niewielkich roszczeń za pomocą innego środka niż *laesio fidei*⁷⁰².

Obok tych dwóch przykładów wypada także zauważyć, że bardzo prawdopodobny był wpływ prawa kanonicznego na prace Sądu Kanclerskiego i kształtowanie *equity law*, także w zakresie prawa umów⁷⁰³. W tym obszarze mówi się nawet o „pośredniej recepcji” prawa kanonicznego w Anglii⁷⁰⁴. Prawo kanoniczne miało zatem swój wpływ na historię umów w *common law* i jest to wpływ zauważany w literaturze do dzisiaj, a nawet ma on czasami znaczenie dla formułowania współczesnych teorii kontraktu⁷⁰⁵.

3.2.2.3. Historia prawa umów a teorie kontraktu

Współcześni teoretycy kontraktu w swoich rozważaniach sięgają do historii *common law* nie tylko po to by wyjaśnić genezę obecnie stosowanych rozwiązań, ale i w celu argumentowania na rzecz własnych propozycji interpretowania prawa kontraktowego. Wydaje się, że czynią to chętniej niż w przypadku prawników opisujących działanie prawa umów w systemie prawa skodyfikowanego. Jest to spowodowane w pewnej mierze specyfiką prawa precedensowego, gdzie dla wyjaśnienia nawet współczesnego stosowania pewnych instytucji trzeba sięgać do kazusów z nieraz odległej przeszłości. Zatem zarówno podręczniki prawa kontraktowego jak i monografie prezentujące poglądy poszczególnych autorów opierają się na historii *common law*, gdyż te kazusy, które ją ukształtowały, mają wpływ na to, co mieści się dzisiaj w zakresie prawa kontraktowego.

Niekiedy jednak teoria kontraktu wychodząc od spojrzenia historycznego ma na celu także interpretację współczesnego prawa kontraktowego. Dość przywołać w tym miejscu dwa

⁷⁰¹ Zob. np. Helmholz (2004) 367-368.

⁷⁰² Helmholz (1975) 431. Zob. także w szerszym kontekście o znaczeniu reformacji w Anglii dla przemian w doktrynie kontraktowej Biernacki (2014). O znaczeniu kanonicznej przysięgi dla praktyki handlowej w *common law* na innych przykładach zob. Helmholz (2016).

⁷⁰³ Zob. np. de Luca (1947); Coing (1959); Helmholz (1990) 59-61.

⁷⁰⁴ Barbour (1914) 168.

⁷⁰⁵ Hogg (2014) 82-83. Zdarzają się i bardziej przypadkowe odwołania, jak np. Herman (2003) 214.

sztandarowe przykłady takich koncepcji. Za pierwszy może posłużyć wydana w 1979 r. książka pt. *The Rise and Fall of Freedom of Contract* Patricka S. Atiyaha. W tej blisko 800-stronnicowej historii angielskiego prawa kontraktowego na przestrzeni 200 lat (1770-1970, z wieloma odniesieniami do XVI i XVIII w.) Atiyah, odwołując się szeroko do kontekstu historycznego, politycznego, społecznego czy ekonomicznego, przedstawił jak według niego w tym okresie powstała swoboda umów i następnie upadła. Jego podstawowym założeniem było uznanie, że prawo zobowiązań opiera się na trzech rodzajach sytuacji, które czynią kontrakty wiążącymi prawnie lub obietnice wiążącymi moralnie. Po pierwsze, dzieje się tak, gdy jedna strona odniosła korzyść z działania drugiej; po drugie, gdy ten, komu coś obiecano podjął działanie w zaufaniu, że obietnica zostanie spełniona, przez co znalazł się w gorszej sytuacji, niż gdyby nie zaufał obiecującemu; po trzecie, w przypadku obietnicy lub kontraktu, które nie mieszczą się w dwóch powyższych klasach sytuacji⁷⁰⁶. Według Atiyaha rozwój swobody kontraktowej doprowadził w XIX w. do zmiany myślenia o kontraktach, czego skutkiem było stworzenie ogólnej teorii kontraktu, teorii woli, która jednak rychło, w związku ze zmianami społecznymi, ekonomicznymi i prawnymi, okazała się niewystarczająca dla zaradzenia potrzebom prawa kontraktowego. Wskutek tego w drugiej połowie XX w. doszło do sytuacji, w której powszechnie przyjętym dogmatem było interpretowanie kontraktów w zgodzie z teorią klasyczną, czyli za pomocą kategorii obietnicy i teorii konsensualistycznych, co przestało pasować do realiów prawa kontraktowego, zwłaszcza wobec daleko idących ograniczeń swobody umów. Pośród istotnych przyczyn takiej sytuacji wskazał Atiyah np. odcięcie prawa od zasad społecznych, od ekonomii czy od etyki⁷⁰⁷. O ile swoboda kontraktowa osiągnęła swój szczyt przez zmniejszenie znaczenia odpowiedzialności kontraktowej w związku z dwoma pierwszymi ze wskazanych wyżej okoliczności rodzących odpowiedzialność prawną na korzyść nowej interpretacji trzeciej z nich⁷⁰⁸, o tyle z tego też powodu wziął się jej XX-wieczny kryzys. W związku z tym Atiyah jest powszechnie łączony przez teoretyków kontraktu z teorią zaufania⁷⁰⁹, której praktyczne znaczenie dla współczesnego prawa kontraktowego przedstawił w szeregu innych swoich prac⁷¹⁰.

Zgoła odmienne podejście do roli historii kontraktu dla zrozumienia współczesnego prawa kontraktowego zaprezentował James Gordley w swoich *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Teza Gordleya głosi, że XX-wieczne prawo umowne, zarówno

⁷⁰⁶ Atiyah (2003) 1-7.

⁷⁰⁷ Atiyah (2003) 660-671.

⁷⁰⁸ Atiyah (2003) 455-501.

⁷⁰⁹ Zob. np. Poole (2006) 15; Smith (2007) 78; Bix (2012) 134; Chen-Wishart (2012) 19.

⁷¹⁰ Zob. zwłaszcza Atiyah (2001) 179-385; Atiyah/Smith (2005).

cywilne, jak i *common law*, ma swoje podstawy w filozofii Arystotelesa i jej tomistycznej reinterpretacji. Podstawy te w „sztafecie idei” zostały przekazane za pośrednictwem drugiej scholastyki do szkoły prawa natury, która choć odcinała się od nich co do zasady, w rzeczywistości przejęła wiele konkretnych idei od scholastyków. Dalej trafiły one do XIX-wiecznych ogólnych teorii kontraktu, które jednak starały się wyeliminować pozostałości odniesień filozoficznych w prawie umownym, czego skutkiem było powstanie koncepcji prawa umownego niemal oderwanej od podstaw filozoficznych, co doprowadziło do kryzysu ogólnej teorii kontraktu w wieku XX⁷¹¹. Według Gordley’a opracowane w XIX w. teorie woli nie podołały zadaniu spójnego wyjaśnienia całej teorii umów bez odniesienia do ich odrzuconych podstaw filozoficznych. Przedstawił on genezę problemów teorii prawa umów i kilka alternatywnych sposobów zaradzenia tym problemom: czy to przez odrzucenie ogólnej teorii umów *en bloc*, czy przez jej korektę w postaci oparcia jej na nowoczesnej filozofii, np. na Kancie albo utylitarianizmie. Gordley zaproponował także własne podejście, czyli sięgnięcie do doświadczenia historycznego i przeprowadzenie jego ostrożnej aktualizacji do współczesnych potrzeb, tak by rozwiązać problemy powstałe przez odcięcie od filozofii. Przede wszystkim jego podejście opierało się na uznaniu (za Arystotelesem i św. Tomaszem), że człowiek jest bytem teleologicznym i jego działania, w tym zawieranie umów, także mają swój cel, oraz, że ludzie mają możliwość wzrastania w praktykowaniu cnót⁷¹². W swoich innych publikacjach amerykański historyk prawa przedstawił konkretne propozycje zastosowania takiego podejścia do rozwiązania współczesnych problemów prawa kontraktowego, np. stosując Arystotelesowskie podejście do skuteczności obietnicy dla lepszego wyjaśnienia przypadków dotyczących *consideration* czy oferty i jej akceptacji⁷¹³, lub formułując postulat ograniczenia ingerencji państwa w stosunkach kontraktowych do czynienia zadość wymogom sprawiedliwości rozdzielczej i wyrównawczej⁷¹⁴.

Wydaje się, że na podstawie choćby tych dwóch relewantnych przykładów można uznać, że dla teorii kontraktu rozwijanych w dyskusji anglosaskiej sięganie do historii i uzasadnianie interpretacji kontraktów za pomocą argumentacji historycznej jest częstsze niż w przypadku doktryny cywilistycznej wyjaśniającej ogólną teorię umów. Sięganie do historii nie jest dla teorii kontraktu tylko elementem erudycyjnym, ale znaczącym składnikiem

⁷¹¹ Gordley (1991) 1-9.

⁷¹² Gordley (1991) 230-248.

⁷¹³ Gordley (1995).

⁷¹⁴ Gordley (2007).

strategii argumentacyjnej. Jest ono do tego bardziej naturalne w teoriach kontraktu, co wynika m.in. z przyjętej koncepcji źródeł prawa i roli precedensu w tworzeniu prawa.

3.2.3. Zarys problematyki ogólnej teorii umów w *common law*

Common law do końca XVIII w. nie wypracowało ogólnej teorii umów, co więcej – w zasadzie nie miało nawet doktryny prawa kontraktowego, nie było żadnych prób systematyzacji materii prawa kontraktowego, które było postrzegane raczej przez pryzmat poszczególnych skarg przyznawanych stronom kontraktu⁷¹⁵. Sądy, dla których taka doktryna mogłaby potencjalnie być użyteczna, radziły sobie bez ogólnych pojęć charakterystycznych dla prawa kontynentalnego. Dopiero XIX w. przyniósł nowożytne prawo kontraktowe, które wyrosło z krytyki dziedzictwa średniowiecznego pojmowania kontraktów i sprawiedliwości⁷¹⁶.

Koniec XVIII i pierwsza połowa XIX w. to czas, kiedy zaczęły powstawać pierwsze opracowania systematyczne na temat kontraktów, w których podejmowano próby definiowania kontraktu jako porozumienia oraz czyniono ustalenia co do znaczenia *consideration*, roli oferty i jej przyjęcia czy zgody stron⁷¹⁷. Pierwsi teoretycy *common law* obficie czerpali z dorobku szkoły prawa natury w każdym z tych obszarów – nieraz wykorzystywali koncepcje teoretyczne wykształcone przez jusnaturalistów, ale przeważnie sięgali do nich tylko po konkretne sformułowania nie zaś po całe złożone konstrukcje, a do tego abstrahowali zupełnie od filozoficznych korzeni doktryny kontynentalnej⁷¹⁸. Największy wpływ na kształtowanie podstaw doktryny kontraktowej w *common law* miał Pothier, a źródłem inspiracji był także *Code civil*⁷¹⁹. Wydaje się, że Anglosasi nie korzystali z doświadczeń prawa kontynentalnego i doktryny umownej w zakresie treści umowy, zwłaszcza w zakresie ekwiwalentności świadczeń – sądy *equity* w tym względzie miały niezależny *modus decidendi*, choć odnalezienie w nim spójnej doktryny nie jest oczywiste⁷²⁰. *Common law* obywało się zatem bez ogólnej doktryny kontraktowej do końca XVIII w., kiedy to zaczęły powstawać pierwsze prace szerzej omawiające problematykę prawa kontraktowego, pozostające pod znacznym wpływem dorobku szkoły prawa natury. Można uznać, że w połowie XIX w. ukształtowała się już abstrakcyjna i generalna klasyczna teoria

⁷¹⁵ Gordley (1991) 134-135.

⁷¹⁶ Horwitz (1974) 917.

⁷¹⁷ Gordley (1991) 135-146.

⁷¹⁸ Gordley (1991) 135-146.

⁷¹⁹ Zob. np. Tallon (2002) 1; Atiyah (2003) 399-400; Poole (2006) 12.

⁷²⁰ Gordley (1991) 146-158.

kontraktu, oparta na teorii woli, która uznawała, że kontrakt to uzgodnienie woli stron i to z woli stron należało wywodzić jego skutki⁷²¹.

Kolejnym krokiem w zmianach doktryny kontraktowej *common law* były propozycje teoretyków, które były dojrzałą próbą stworzenia ogólnej teorii kontraktowej. Szczególną koncepcją, wokół której budowali oni ogólną teorię była *consideration*, którą postrzegano jako wymóg wiążącej mocy umowy, stąd można poświęcić jej uwagę dla zobrazowania specyfiki ówczesnej doktryny. Amerykański profesor Uniwersytetu Harvarda Christopher Columbus Langdell (1826-1906) uznawał *consideration* obietnicy za rzecz daną lub uczynioną w zamian za obietnicę⁷²². Prawo według niego nie miało jednak badać tego, czy *consideration* jest odpowiednia dla obietnicy, tzn. czy stanowi ona jakiś jej ekwiwalent – raczej postrzegał ją tylko jako techniczny wymóg dla skuteczności obietnicy, jako przyczynę obietnicy⁷²³, co było klasycznym wyjaśnieniem, sytuującym *consideration* niedaleko od kontynentalnej *causa*, aczkolwiek bez wszystkich konsekwencji wynikających z teleologicznych implikacji przyczyny⁷²⁴.

Nowa teoria *consideration* oderwała ją od teoretycznego zagadnienia przyczyny (i ekwiwalentności świadczeń): strony zawierały umowy z różnych przyczyn, ale to nie leżało w obszarze zainteresowań prawa⁷²⁵. To, co było istotne z punktu widzenia prawa, to *consideration*. I tak na gruncie angielskim prawnik i wykładowca Frederick Pollock (1845-1937) wyjaśniał, że *consideration* była tylko zachętą do złożenia obietnicy, a nie musiała wiązać się z jakimś zyskiem jednej strony kosztem drugiej⁷²⁶ – z punktu widzenia prawa wystarczyło, że *consideration* skłoniła stronę do złożenia obietnicy⁷²⁷. Nieformalna obietnica, która nie miała jednak *consideration*, rozumianej nawet tak abstrakcyjnie, nie była skuteczna, niezależnie od tego jaka przyczyna by stała u jej podstaw lub jak silny byłby moralny

⁷²¹ Atiyah (2003) 398-408.

⁷²² Langdell (1880) 58: „The consideration of a promise is the thing given or done by the promisee in exchange for the promise”.

⁷²³ Langdell (1880) 78-79: „as every consideration is in theory equal to the promise in value, so it is in theory the promisor's sole inducement to make the promise. As the law cannot see any inequality in value between the consideration and the promise, so it cannot see any motive for the promise except the consideration”.

⁷²⁴ Gordley (1991) 171-172. Szerzej na temat relacji między *causa* a *consideration* zob. np. Markesinis (1978).

⁷²⁵ Gordley (1991) 172.

⁷²⁶ Pollock (1902) 168: „Consideration means not so much that one party is profited as that the other abandons some legal right in the present, or limits his legal freedom of action in the future, as an inducement for the promise of the first. It does not matter whether the party accepting the consideration has any apparent benefit thereby or not: it is enough that he accepts it, and that the party giving it does thereby undertake some burden, or lose something which in contemplation of law may be of value”.

⁷²⁷ Gordley (1991) 172-173.

obowiązek jej dochowania⁷²⁸. Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), amerykański praktyk i teoretyk prawa, a także sędzia Sądu Najwyższego, powszechnie kojarzony z początkiem realizmu prawniczego, w swojej syntezie prawa pt. *The Common Law* także wymagał dla skuteczności obietnicy by zawierała w sobie *consideration* rozumianą jako korzyść dla obiecującego od przyjmującego obietnicę albo uszczerbek po stronie przyjmującego obietnicę jako zachętę dla obiecującego⁷²⁹. Holmes nie widział zatem potrzeby osadzania problematyki skuteczności obietnic w kontekście filozoficznym, skądinąd zaś wiadomo, że nie był zwolennikiem mieszania etyki z prawem⁷³⁰. Wypada dodać, że taki rozwój doktryny kontraktowej nie odbył się bez wpływu liberalizmu ekonomicznego w wydaniu angielskim⁷³¹.

Wychodząc zatem od porządkowania kazuśów i ujęcia problematyki kontraktowej w ramy ogólnych zagadnień teoretycy *common law* u schyłku XIX w. opracowali doktrynę, która miała stać się podstawą ogólnej teorii kontraktu poprzez sformułowanie „spójnego systemu zasad i reguł”⁷³². W kolejnym pokoleniu prawników doszło do absolutyzacji ideału logicznego i spójnego systemu prawa, co znacząco zbliżyło amerykańską teorię kontraktu do XIX-wiecznej pandektystyki⁷³³. Poglądy Holmesa wywarły duży wpływ na kształt doktryny w kolejnych dziesięcioleciach, zwłaszcza w Ameryce, w znacznie mniejszym stopniu w Anglii, ale rychło doczekały się także wielostronnej krytyki⁷³⁴.

Bodaj najbardziej znaną krytyczną prezentacją wpływu klasycznej teorii kontraktu na doktrynę angloamerykańską była książka *The Death of Contract* amerykańskiego profesora Granta Gilmore’a (1910-1982) z 1974 r. Według niego Langdell chciał uporządkować prawo prywatne traktując je jak *science*, którą tworzą zasady i teorie – zauważył on, że brakowało takich zasad organizujących refleksję o kontraktach, wobec czego postanowił stworzyć abstrakcyjne i generalne ramy dla prawa kontraktowego, co było zerwaniem z historią

⁷²⁸ Pollock (1902) 169: „An informal promise made without a consideration, however strong may be the motives or even the moral duty on which it is founded, is not enforced by English courts of justice at all”.

⁷²⁹ Holmes (1882) 253: „Our law does not enforce every promise which a man may make. Promises made as ninety-nine promises out of a hundred are, by word of mouth or simple writing, are not binding unless there is a consideration for them. That is, as it is commonly explained, unless the promisee has either conferred a benefit on the promisor, or incurred a detriment, as the inducement to the promise”. Także Holmes (1882) 289-290: „It is said that any benefit conferred by the promisee on the promisor, or any detriment incurred by the latter sort, using the word «detriment» in a somewhat broad sense”.

⁷³⁰ Holmes (1897) 462. Zob. Atiyah (2001) 57-58. Zob. też niżej, 3.2.5. Bardzo szeroko o doktrynie kontraktowej Holmesa, jego inspiracjach i późniejszym oddziaływaniu zob. Kelley (2000).

⁷³¹ Zob. np. Atiyah (2003) 408-412.

⁷³² Dajczak (2017) 89.

⁷³³ Dajczak (2017) 89.

⁷³⁴ Atiyah (2001) 57-72.

kontraktów w *common law*⁷³⁵. Gilmore uznał, że podstawowym narzędziem dla osiągnięcia tego celu stała się nowa teoria *consideration* zaproponowana przez Holmesa, która nie opierała się na rozstrzygnięciach sądów, lecz była rewolucyjną koncepcją, która służyła ograniczeniu zakresu odpowiedzialności kontraktowej⁷³⁶. Dzieła dopełnił już w XX w. Samuel Williston (1861-1963), którego pisma pokazują, w jaki sposób kazusy zostały przekształcone w reguły i w ten sposób zostały zaprzęgnięte do wspierania nowej teorii *consideration*⁷³⁷. Spetryfikowana teoria kontraktu uczyniła według Gilmore'a spustoszenie, kiedy przestała pasować do rzeczywistości, a jako ogólna teoria nie poddawała się aktualizacji⁷³⁸. Wobec przemian społecznych i ekonomicznych, przełamywania poszczególnych elementów klasycznej teorii kontraktu, zmian w ujmowaniu zakresu odpowiedzialności kontraktowej, które zbliżyły ją (z powrotem) do *tort law*, Gilmore ogłosił więc „śmierć umowy”, a raczej klasycznej teorii XIX-wiecznej, która ukształtowała myślenie o prawie kontraktowym na sto lat⁷³⁹. Praktyka odrzuciła koncepcję *consideration* zaproponowaną przez Langdella i Holmesa, co świadczyło o tym, że ogólna teoria kontraktowa okazała się niewystarczająca dla rozstrzygania sporów między kontrahentami⁷⁴⁰. Warto podkreślić, że Gilmore nie ogłosił „śmierci umów” lecz „śmierć umowy” przez co dał wyraz krytycznego podejścia do abstrakcyjnych teorii kontraktowych⁷⁴¹. Do krytyków dorobku XIX-wiecznej teorii kontraktowej można zaliczyć także angielskiego profesora Patricka S. Atiyaha (1931-2018) i amerykańskiego historyka prawa Jamesa Gordley'a, których koncepcje zostały zaprezentowane wyżej. Jednym ze skutków odrzucenia teorii klasycznej było stworzenie przestrzeni dla teoretyków kontraktu i rozkwit refleksji w tym obszarze – próba jego uchwycenia zostanie przedstawiona poniżej.

3.2.4. Systematyka teorii kontraktu

3.2.4.1. Problematyka systematyzacji teorii kontraktu

Typowy wykład prawa kontraktowego w podręcznikach anglosaskich często otwiera prezentacja różnorodnych teorii kontraktu opracowanych w doktrynie i klasyfikowanych z uwzględnieniem stanowiska wobec *ratio* wykonania powinności w relacji umownej.

⁷³⁵ Gilmore (1995) 5-15.

⁷³⁶ Gilmore (1995) 19-23.

⁷³⁷ Gilmore (1995) 23-37.

⁷³⁸ Gilmore (1995) 37.

⁷³⁹ Gilmore (1995) 95-112.

⁷⁴⁰ Dajczak (2017) 87.

⁷⁴¹ Berman (1986) 103-104.

Jakkolwiek szczegółowa charakterystyka tych teorii nie jest celem podręcznika dla studentów, to jednak ta praktyka dobrze pokazuje dwie kwestie. Po pierwsze, jest to świadectwo wagi tego zagadnienia dla prawa kontraktowego – choć nie jest ono przedstawiane studentom w całej rozciągłości, to jednak sygnalizuje, że pytanie o uzasadnienie wiążącej mocy umów ma znaczenie dla myślenia o kontraktach. Po drugie, podręcznikowe odesłania do tego zagadnienia dają możliwość uchwycenia złożonej kwestii ujętej w formie dostosowanej do adresata. Można więc wyjść od nich w celu prezentacji klasyfikacji teorii kontraktu.

Podręczniki do prawa kontraktowego, które odsyłają do kwestii teoretycznych zazwyczaj wyodrębniają klasyczną teorię woli (*will theory, autonomy theory*) oraz teorię zaufania (*reliance theory*). Obok nich pojawiają się inne, np. teoria instrumentalna (*instrumental theory*), teoria sceptyczna (*skeptical theory*), teoria efektywności (*efficiency theory*), teoria transferu (*transfer theory*), teoria sprawiedliwości rozdzielczej (*theory promoting distributive justice*) i inne. Do tego dodać można teorie, które łączą wybrane elementy powyższych zwane teoriami mieszanymi (*mixed theories*) czy też zbiorowymi (*collective theories*)⁷⁴². Każda z tych teorii ma swoich zwolenników i przeciwników, którzy za pomocą ogólnych koncepcji starają się jak najlepiej wyjaśnić specyfikę i działanie prawa kontraktowego. Wydaje się, że ze względu na wielość różnych teorii oraz relacje między nimi użytecznym będzie przedstawienie systematyki teorii kontraktu zbudowanej na bardziej ogólnych podstawach, co znacznie ułatwi efektywne sięganie do dorobku myśli anglosaskiej.

Systematykę taką zaproponował w *Contract Theory* Stephen A. Smith, profesor prawa zajmujący się zarówno *common law* jak i *civil law* oraz teorią prawa⁷⁴³. W swojej pracy przedstawił on narzędzia pozwalające opisać teorie kontraktu w systematyczny sposób i za pomocą ogólnych kryteriów porównać je między sobą (*theory about contract theory*)⁷⁴⁴. Wyróżnił on cztery podejścia teoretyczne do prawa w ogóle (historyczne, preskryptywne, deskryptywne i interpretacyjne) i za cel postawił sobie wyjaśnienie interpretacyjnych teorii kontraktu⁷⁴⁵.

Według niego by jakaś koncepcja mogła być uznana za teorię kontraktu musi ona spełniać cztery kryteria. Po pierwsze, musi pasować do tego materiału, który ma opisywać, co

⁷⁴² Zob. np. Downes (1987) 44-45; Scott/Leslie (1993) 16-23; Burton (1995) 1-9, 138-139; Tallon (2002) 115-127; O'Sullivan/Hilliard (2004) 2-4; Poole (2006) 10-19; McKendrick (2009) 2-4; Bix (2012) 132-136; Chen-Wishart (2012) 16-26.

⁷⁴³ Nie jest to jedyna propozycja systematyki. Zob. np. Kraus (2004).

⁷⁴⁴ Przy referowaniu koncepcji Smitha szerzej niż w innych podrozdziałach podano tekst oryginalny w tekście głównym rozprawy ze uwagi na to, że przeważnie są to autorskie definicje Smitha i ich tłumaczenie czy parafraza nie są dostatecznie ścisłe.

⁷⁴⁵ Smith (2007) 3-6.

wymaga określenia tego, czym jest prawo kontraktowe (*fit criterion*). Po drugie, musi być ona spójna, tj. dobrze wyjaśniać opisywany przedmiot, czyli prawo kontraktowe (*coherence criterion*). Po trzecie musi ona w jakimś stopniu odpowiadać na pytanie o moralne uzasadnienie kontraktu, co jest możliwe w trzech wariantach: czy to przedstawiając je wprost jako obecne w danej teorii, czy wyjaśniając, w jaki sposób osoby związane ze stosunkami kontraktowymi (sędziowie, ustawodawcy, prawnicy, strony) uważają kontrakty za uzasadnione etycznie, czy też – w wersji pośredniej między tymi dwiema – przedstawiając powiązanie teorii kontraktu z moralnością w taki sposób, że uzasadnia ona dostatecznie działanie tych osób, choć może być błędna (*morality criterion*)⁷⁴⁶. Podobnie trójstopniowa może być odpowiedź na pytanie o transparentność danej teorii, tzn. w jakim stopniu wyjaśnia ona zgodnie z rzeczywistością motywy rozstrzygnięcia sędziów (*transparency criterion*). Dwa ostatnie kryteria są źródłem największych rozbieżności między poszczególnymi teoriami kontraktu i to subtelności w ocenie stopnia ich realizacji pozwoliły autorowi na przedstawienie swojej systematyki⁷⁴⁷.

Następnie Smith przedstawił dwa kluczowe pytania, na które każda teoria kontraktu musi odpowiedzieć, zaś według odpowiedzi na nie najlepiej można uporządkować różnorodne teorie. W szczegółowej analizie regularnie powracały kryteria wyżej wskazane, ponieważ wychodząc od nich można było kwestionować adekwatność poszczególnych teorii. Pierwsze pytanie, na jakie teoria kontraktu winna według Smitha znaleźć odpowiedź, to pytanie analityczne (*analytic question*), tj. pytanie o to, co jest istotną cechą charakterystyczną zobowiązania kontraktowego. Innymi słowy: czym się różni takie zobowiązanie od innych rodzajów zobowiązań, jakie są jego źródła? Drugie pytanie to pytanie normatywne (*normative question*), tj. pytanie o to dlaczego zobowiązania kontraktowe mają skuteczność prawną? Po co w ogóle jest prawo kontraktowe? Jakie jest jego ogólne uzasadnienie? Korzystając z tych dwóch ogólnych pytań „co?” i „dlaczego?” Smith zaproponował klasyfikację teorii kontraktu, która wydaje się użyteczna. Oczywiście, odpowiedzi na te pytania są ze sobą powiązane, zaś nie wszystkie teorie poświęcają tyle samo uwagi obu pytaniom albo w ogóle zajmują się kwestiami bardziej szczegółowymi i dlatego nie dają się łatwo zmieścić w tych ogólnych ramach. Do tego należy dodać, że kompletna teoria kontraktu winna odpowiadać na oba te pytania w satysfakcjonujący sposób, natomiast w ramach ich prezentacji autor ograniczył się

⁷⁴⁶ Taka ocena stopniująca znaczenie istotnego elementu doktryny prawniczej jest podobna choćby do opisu „swobodnego uznania” przez Dworkina, które także mogło być realizowane w różnym stopniu – zob. Dworkin (1998) 72-86.

⁷⁴⁷ Smith (2007) 7-37.

do wskazania odpowiedzi częściowych, tj. każdorazowo koncentrując się na jednym pytaniu⁷⁴⁸.

3.2.4.2. Pytanie analityczne – co charakteryzuje zobowiązanie kontraktowe?

Odpowiedź na pytanie o naturę zobowiązań kontraktowych doprowadziła kanadyjskiego profesora Smitha do wyodrębnienia trzech podstawowych grup teorii kontraktu. Pierwsza z nich, uznawana dziś za klasyczną i pomimo krytyki najbardziej popularną zbiera koncepcje oparte na teorii obietnicy (*promissory theories*), a więc uznaje, że zobowiązania kontraktowe to „dobrowolne zobowiązania wynikające z obietnicy” (*self-imposed promissory obligations*)⁷⁴⁹. Taka obietnica musi posiadać pewne cechy szczególne, musi być wyrażona na zewnątrz i wynikać z prawdziwego zamiaru zaciągnięcia zobowiązania, a wtedy wiąże ona składającego obietnicę od momentu jej złożenia. Tak rozumiana teoria odpowiada swobodzie umów i w zakresie wolności zaciągania zobowiązań, i w zakresie ich treści, oraz uzasadnia powstanie uprawnienia do odszkodowania w przypadku niespełnienia obietnicy. Dobrze opisuje ona także charakter więzi łączącej obiecującego z przyjmującym obietnicę. Jakkolwiek była i jest ta teoria krytykowana z różnych pozycji, zwłaszcza z perspektywy kryterium dopasowania i kryterium moralnego⁷⁵⁰, według Smitha daje się ją obronić, a jego starania w tym zakresie wskazują, że sam skłania się do uznania tej właśnie teorii za najbardziej adekwatną odpowiedź na pytanie analityczne⁷⁵¹.

Krytyka teorii obietnicy skłoniła teoretyków prawa kontraktowego do wypracowania alternatyw. Pierwszą z nich stanowi grupa teorii opartych na uznaniu relacji zaufania między stronami za kluczową dla powstania zobowiązania kontraktowego (*reliance theories*), co czyni zobowiązania kontraktowe zbliżonymi do *tort law*. Zgodnie z nią takie zobowiązanie powstaje by zapewnić stronie, w której wzbudzone zaufanie co do przyszłego działania, by „nie była ona w gorszej sytuacji wskutek naruszenia tego zaufania” (*obligations to ensure that other whom we induce to rely upon us are not made worse off as a consequence of that reliance*). Dyskusyjny jest status czynności, która takie zaufanie wzbudza (czy jest to obietnica, czy może inne stwierdzenie?) i istotnym problemem tej teorii jest określenie

⁷⁴⁸ Smith (2007) 41-53.

⁷⁴⁹ Fried (2015). Zwięzłe przedstawienie teorii obietnicy w języku polskim zob. Osmola (2018) 116-118.

⁷⁵⁰ Szczególnie problematyczne jest określenie stosunku tej teorii do tzw. *harm principle*, czyli zasady, według której państwo może ingerować w wolność jednostki tylko wtedy, gdy szkodzi albo ma szkodzić innej jednostce; zob. Smith (2007) 69-71.

⁷⁵¹ Smith (2007) 56-78.

kryteriów dla uznania czynności za dającą podstawę do wzbudzenia zaufania. Kluczowe w teorii zaufania jest, że zobowiązanie kontraktowe nie powstaje z woli stron, ale jest narzucone przez państwo dla ochrony strony, u której wzbudzono uzasadnione zaufanie. Również teoria zaufania ma swoje słabości, tak z punktu widzenia kryterium moralnego, jak i kryterium dopasowania, ale jest ona także dzisiaj popularna, choć raczej nie jako teoria wyjaśniająca całe prawo kontraktowe⁷⁵².

Drugą alternatywą dla teorii obietnicy są teorie transferu (*transfer theories*), oparte na analogiach z prawem własności, co zostało zaproponowane już przez Grocjusza w omówionym wyżej fragmencie *De iure belli ac pacis*⁷⁵³. Jest to najbardziej dyskusyjna propozycja, która opiera się na uznaniu, że „kontrakt służy przeniesieniu uprawnień” (*a contract is a transfer of rights*). Zakłada ona, że w momencie zawarcia kontraktu jedna strona przenosi na drugą część swojej swobody w zakresie dokonania określonej czynności w przyszłości. Takie przeniesienie nie tworzy zatem nowego uprawnienia (jak w przypadku teorii obietnicy), ale jedynie jest deklaracją co do dysponowania nim w przyszłości. Głównym zarzutem wobec tej teorii jest sama koncepcja przeniesienia swobody w zakresie przyszłego działania, ponieważ nie da się przenieść na drugiego swobody do dysponowania własną wolnością w zakresie przyszłych czynności⁷⁵⁴.

Wydaje się, że pierwsza z przedstawionych teorii najlepiej wyjaśnia specyfikę prawa kontraktowego i charakteryzuje cechy zobowiązań kontraktowych. Teoria zaufania, związana w kilku punktach z *tort law*, oraz teoria transferu, związana z *property law*, pozwalają uzupełnić teorię promisoryjną tam, gdzie jest ona niewystarczająca dla udzielenia stosownej odpowiedzi na pytanie analityczne.

3.2.4.3. Pytanie normatywne – dlaczego zobowiązanie kontraktowe jest prawnie skuteczne?

Smith w ramach swojej systematyki teorii kontraktu przedstawił dwie podstawowe odpowiedzi doktrynalne na pytanie o legitymizację prawa kontraktowego i kontraktów w ogóle. Pierwsza z nich jest proponowana w teoriach utylitarnych (*utilitarian theories*), które wiążący charakter umów uzasadniają tym, że „prawo kontraktowe ma wspierać ludzki dobrobyt czy też szeroko rozumianą użyteczność” (*contract law promotes human well-being or 'utility', broadly defined*). Sztandarowym przykładem takich teorii są teorie efektywności

⁷⁵² Smith (2007) 78-97. Zob. np. Atiyah (2003) 1-7.

⁷⁵³ Zob. wyżej, 2.6.3.

⁷⁵⁴ Smith (2007) 97-103. Zob. np. Barnett (1986); Benson (1995) 293-299.

(*efficiency theories*), które traktują prawo kontraktowe jako „narzędzie do wspierania działania efektywnego w sensie ekonomicznym” (*contract law as an instrument for promoting efficient behaviour*)⁷⁵⁵. W doktrynie pojawiały się też alternatywne propozycje interpretacji rzeczzonego dobrobytu: obok dobrobytu rozumianego ekonomicznie, zaproponowano np. by rozumieć prawo kontraktowe jako służące wspieraniu sprawiedliwości rozdzielczej, wartościowych relacji międzyludzkich czy też dobrej autonomii⁷⁵⁶. Zdecydowanie najbardziej popularna jest jednak teoria efektywności w różnych wariantach. Opiera się ona na założeniu, że ludzie dają się kierować przez prawo nakłaniające do działań, które mają na celu maksymalizację zysku materialnego. Bodaj najbardziej charakterystycznym owocem teorii efektywności jest doktryna *efficient breach of contract*, która uznaje, że konsekwencją priorytetu ekonomicznego oceniania skuteczności kontraktu, powinna być możliwość celowego niewykonania kontraktu połączona z zapłatą odszkodowania, jeżeli w ogólnym rozliczeniu stron okaże się ona bardziej efektywna ekonomicznie niż gdyby kontrakt został wykonany (czyli większy będzie całościowy zysk wszystkich zaangażowanych podmiotów w przypadku złamania umowy niż w przypadku jej dochowania). Teoria efektywności doznaje różnorodnej krytyki, zwłaszcza z uwagi na problematyczne kwestie wynikające z jej stosunku do kryterium moralności i transparentności⁷⁵⁷. Co do pierwszego z nich dyskusyjne jest bowiem samo uznanie, że teoria ta opiera się na założeniu moralnych podstaw dla działań stron zawierających kontrakt, skoro raczej teoria ta może być uznana za narzędzie do naruszania indywidualnych uprawnień i wolności, gdyż kontrakty traktuje do pewnego stopnia jako środki służące uzyskaniu określonego celu. Natomiast co do drugiego kryterium istotne jest zwrócenie uwagi na to, że ekonomiczne myślenie o kontraktach jest raczej czymś zewnętrznym wobec prawa kontraktowego, jest tylko jakąś propozycją interpretacji z zewnątrz z zastosowaniem metod, które nie są charakterystyczne dla prawnoznawstwa⁷⁵⁸.

Alternatywą dla teorii utylitarnych są teorie uprawnienia (*rights-based theories*), które można uznać za ortodoksyjną odpowiedź na pytanie normatywne. Według tych teorii istotą zobowiązań kontraktowych jest nakaz „nienaruszania uprawnień indywidualnych” (*contractual obligations as obligations non to infringe individual rights*), wobec czego prawo kontraktowe nie zajmuje się realizacją jakichś założonych metacelów, ale „obowiązkami stron

⁷⁵⁵ Zob. np. Craswell (2001); Katz (2016).

⁷⁵⁶ Zob. np. Kronman (1980); Raz (1982) 927-938.

⁷⁵⁷ Zob. także krytykę teorii *breach of contract* jako obcej względem intuicji obecnych w przedkodyfikacyjnej tradycji *ius civile* – Dajczak (2013a).

⁷⁵⁸ Smith (2007) 108-140.

względem siebie nawzajem” (*contract law is concerned with duties that contracting parties owe to each other rather than any broader social goal*). Uprawnienie jest przy tym oparte na koncepcji ochrony interesów prywatnych, uznaniu, że obowiązki wynikające z uprawnień mają pierwszeństwo przed ogólnymi nakazami dotyczącymi dobrobytu czy użyteczności, oraz założeniu, że podstawową treścią tych obowiązków jest nienaruszanie cudzej własności czy wolności. Wydaje się, że teorie uprawnienia dobrze opisują cechy charakterystyczne dla prawa prywatnego w ogólności, zaś dla prawa kontraktów w szczególności, czego wyrazem jest i to, że nie stanowi dla nich problemu spełnienie kryterium transparentności: za pomocą terminologii charakterystycznej dla tych teorii strony i sądy zwykły wyjaśniać istniejące między nimi stosunki, jakkolwiek Smith wskazał także formułowane względem tych teorii zastrzeżenia z punktu widzenia kryterium dopasowania⁷⁵⁹.

Specyfika systematyki przedstawionej przez autora *Contract Theory* polega na tym, że – przynajmniej teoretycznie – możliwe jest dowolne łączenie odpowiedzi na pierwsze pytanie z odpowiedziami na drugie pytanie. Jakkolwiek klasyczna teoria kontraktu to promisoryjna teoria uprawnienia, to w dyskusji między teoretykami i filozofami prawa opracowano szereg innych wariantów łączenia odpowiedzi na pytanie analityczne i normatywne. Podobnie możliwe jest łączenie elementów różnych teorii przy odpowiedzi na jedno z pytań, wskutek czego powstają teorie mieszane, które dają różne odpowiedzi na pytanie o to, czym są zobowiązania kontraktowe lub dlaczego mają one charakter wiążący, zależnie od specyfiki szczegółowego zagadnienia.

Tak przedstawiona problematyka systematyki teorii kontraktu jest użyteczna nie tylko z uwagi na specyfikę anglosaskiego dyskursu o umowach. Stanowi ona także dobry punkt wyjścia dla próby przedstawienia egzemplifikacji współcześnie dostrzeganych problemów teorii kontraktu oraz przy konstruowaniu analogii między uzasadnieniem swobody umów w argumentacji średniowiecznej kanonistyki a współczesnymi teoriami kontraktu.

3.2.5. Współczesne problemy teorii kontraktu

W przeciwieństwie do teorii XIX-wiecznych współczesne teorie kontraktu szeroko podejmują zagadnienie wiążącej mocy umów, bardzo często sięgając do argumentacji o proveniencji filozoficznej. Po „śmierci umowy” (Gilmore)⁷⁶⁰ czy też po „upadku swobody

⁷⁵⁹ Smith (2007) 140-158. Smith jako przykłady wskazał m.in.: Fried (2015); Barnett (1986); Benson (2001).

⁷⁶⁰ Zob. tytuł pracy – Gilmore (1995).

umów” (Atiyah)⁷⁶¹ teoretycy anglosascy od kilkudziesięciu lat intensywnie rozwijają badania w zakresie odpowiedzi na podstawowe pytania dotyczące kontraktów, nie stroniąc przy tym od sięgania do argumentacji filozoficznej i historycznej. Po przedstawieniu jednego z możliwych sposobów porządkowania tych wielu teorii wypada zwrócić uwagę na to, co współcześnie nurtuje teoretyków prawa kontraktowego w szczególności. Ze względu na rozległość tego zagadnienia i przedmiot tej pracy wydało się zasadnym, by charakterystyki współczesnych problemów teorii kontraktu dokonać na konkretnym i aktualnym przykładzie.

W tym podrozdziale została zatem poddana analizie książka *Philosophical Foundations of Contract Law*, która ukazała się w 2014 r. Książka jest owocem konferencji, która miała miejsce na Wydziale Prawa University College London w dniach 11-12 maja 2013 r. Już sam fakt zorganizowania znaczącej konferencji na ten temat oraz wydania inspirowanej nią publikacji świadczy o żywotności tej problematyki. Redaktorzy i współautorzy rzeczonyj monografii należą do rozpoznawalnej grupy filozofów prawa i teoretyków kontraktu, zatem można *pars pro toto* na podstawie ich wspólnego dzieła nakreślić główne zagadnienia dotyczące filozoficznych problemów współczesnej teorii kontraktu i spróbować na tej podstawie sformułować wnioski natury ogólnej, zwłaszcza, że potwierdzeniem jakości tego opracowania mogą być też bardzo dobre recenzje⁷⁶². Nie była celem tej analizy recenzja całej książki, ale raczej wyłuskanie wątków istotnych dla ustalenia, w jaki sposób współczesne teorie kontraktu odpowiadają na pytanie o *ratio* umów.

Pytanie to pojawiło się we wprowadzeniu pośród kilku innych pytań dotyczących kontraktów. Gregory Klass klarownie wyłożył podstawy zajmowania się teorią kontraktu: prawo służy osiągnięciu celów (funkcja prawa), a korzysta przy tym ze wspólnych zasobów i przymusu państwowego, w związku z czym domaga się uzasadnienia, które może mieć różną naturę (moralną, polityczną czy inną). Wybrana teoria kontraktu zajmuje się więc prezentacją funkcji kontraktu i jego uzasadnieniem, dodając do nich strukturę pozwalającą na odpowiedni opis kontraktu⁷⁶³. W ramach ogólnej części omawianej publikacji poświęconej teoretycznym podejściom do kontraktu, która została poniżej przedstawiona *in extenso*, cztery rozdziały *Philosophical Foundations of Contract Law* dotyczą teorii obietnicy bez kwestionowania jej w szerokim zakresie, co samo w sobie świadczy o jej znaczeniu w obecnym dyskursie, a są to teksty Charlesa Frieda, Josepha Raza, Davida Owensa i Doriego Kimela⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ Zob. tytuł pracy – Atiyah (2003).

⁷⁶² Bix (2015); Kendall (2015); Gordon (2016).

⁷⁶³ Klass (2016) 1-2.

⁷⁶⁴ Klass (2016) 2-4.

W pierwszym z nich Fried, autor *Contract as Promise*, przedstawił zaktualizowaną propozycję swojej koncepcji postrzegania kontraktu: nakreślił tło ideowe, w jakim jego koncepcja powstawała i zmierzył się z kilkoma popularnymi zarzutami wobec jego teorii. Istotne z punktu widzenia *ratio* umów mogą być jego ogólne uwagi na temat moralności kontraktu jako obietnicy. Fried podkreślił, że jego koncepcja była „jawnie moralizująca” i opierała się na „moralności autonomii, szacunku dla osób i zaufaniu”. Mogłoby to oznaczać, że nie szukał on uzasadnienia dla etycznej strony kontraktów w szerzej rozumianej moralności, ale Fried przyznał, że zobowiązanie z obietnicy ma „korzenie w głębszej glebie moralnej” i w ciekawy sposób wyjaśnił ciąg zależności między instytucją obiecywania a moralnością zaufania i szacunku dla osób – ma ona służyć osiągnięciu różnorodnych celów, w związku z czym musi być oparta na relacji do prawdy. Szacunek prowadzi do zaufania, zaufanie do języka opartego na odniesieniu do prawdy, a to umożliwia składanie obietnic. Obietnice, choć są formalnie nałożeniem przez obiecującego na siebie pewnych ograniczeń, według Frieda w istocie nie ograniczają autonomii człowieka, ale ją zwiększają, a przez to okazują się być nie tylko środkiem, lecz i celem działania⁷⁶⁵. Wywód ten, osadzający *Contract as Promise* na rozległych fundamentach etycznych brzmi znacznie bardziej Arystotelesowsko niż Kantowsko, choć to do etyki Kanta Fried często się odwołuje i to na niej zbudował swoją koncepcję. W innym miejscu amerykański profesor sparafrazował słowa Olivera Wendella Holmesa (nie odsyłając jednak do oryginału). Holmes pisał w *The Path of the Law*, że patrzenie na prawo prywatne przez pryzmat odszkodowania bez brania pod uwagę moralności „cuchnie w nozdrzach tych, którzy uważają za korzystne wprowadzić do prawa tak wiele etyki jak tylko im się uda”⁷⁶⁶. Fried wskazał, że argumentacja krytyczna wobec teorii kontraktu jako obietnicy oparta na spostrzeżeniu, że korzystne dla stron są ograniczenia dowodowe w zakresie ustalania przez sąd w procesie ich intencji kontraktowych, „cuchnie w nozdrzach tych, którzy postrzegają kontrakt jako instytucję moralną a sądy jako narzędzia w poszukiwaniu prawdy”⁷⁶⁷. Choć nie wskazał w tym miejscu na tekst Holmesa, to jest oczywiste, że do niego nawiązywał ze względu na użyte nietypowe sformułowanie i podobny – choć odwrócony – kontekst wypowiedzi. Ciekawe są też uwagi

⁷⁶⁵ Fried (2016) 20-21.

⁷⁶⁶ Holmes (1897) 462: „Nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract (...). If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference. But such a mode of looking at the matter *stinks in the nostrils* of those who think it advantageous to get as much ethics into the law as they can” [podkreślenie – P.A.].

⁷⁶⁷ Fried (2016) 30: „But this argument *stinks in the nostrils* of those who view contract as a moral institution and courts as instruments in the search for truth (...)” [podkreślenie – P.A.].

na temat tego, że w kontraktach nie sposób przewidzieć wszystkich zdarzeń przyszłych – podobnie jak w ustawach i w ogóle ramach komunikacji międzyludzkiej – stąd kluczowa rola sędziów jako interpretatorów tego, jaki był cel konkretnego kontraktu, jednak bez przypisywania stronom dodatkowych cech⁷⁶⁸. Na koniec Fried wskazał, że koncepcję obietnicy trzeba postrzegać jako część „ogólnej teorii moralnej” opartej generalnie na Kancie – obietnica sama z siebie nie tworzy takiej ogólnej teorii, jest częścią większej całości⁷⁶⁹. Podsumowanie to dobrze ilustruje odpowiedź Amerykanina na pytanie normatywne: legitymizacja prawa kontraktowego wynika z jego oparcia na moralności, na szacunku dla praw jednostki.

Zasadniczo w zgodzie z teorią obietnicy pozostają także trzy następne artykuły. Raz, słynny izraelski filozof, w swoim filozoficznym artykule podjął się odpowiedzi na pytanie o to, czy istnieje powód dotrzymywania obietnic: według jego analizy skuteczność obietnicy generalnie nie zależy od jej treści. Powód dotrzymywania obietnicy wynika z wartości, jaką jest posiadanie zdolności do składania obietnic, która z kolei wynika z jej realizacji, natomiast jej realizacja może mieć zróżnicowane uzasadnienie w zakresie swojego normatywnego zapewnienia co do spełnienia obietnicy⁷⁷⁰.

W artykule Owensa zostały przedstawione ciekawe implikacje wykorzystania niektórych elementów teorii transferu w ramach teorii obietnicy, z odniesieniami do Grocjusza i znaczącą inspiracją refleksją Hume’a (co skłoniło autora zwłaszcza do odrzucenia uzasadniania obietnicy przez odwołanie do prawa naturalnego). Wnioski Owensa to pochwała autonomii woli i propozycja dopisania „interesów normatywnych” (uprawnienia, zobowiązania) do listy dóbr ludzkich, którymi każdy może dysponować⁷⁷¹.

Szeroko na temat autonomii osobistej wypowiedział się także Kimel. W swoim tekście rozważał on zagadnienie wpływu obietnicy na faktyczny zakres autonomii osobistej (*personal autonomy*). Fried twierdził, że obietnice służą zwiększaniu tej autonomii, Kimel poddał to twierdzenie weryfikacji poprzez zbadanie tego jak uzasadniona zmiana zdania wpływa na status obiecującego. Do tego sformułował ciekawą opinię, według której obietnice często są źródłem *strict liability*, bowiem w przypadku niedochowania obietnicy sytuacja obiecującego jest bardzo niekorzystna, tzn. zasadniczo nie zadaje się pytań o przyczynę jej niedochowania czy jego winę, a jedynie oczekuje się zobowiązania naprawczego (*reparative obligation*). Na

⁷⁶⁸ Fried (2016) 36-39.

⁷⁶⁹ Fried (2016) 41.

⁷⁷⁰ Raz (2016).

⁷⁷¹ Owens (2016).

koniec wyjaśnił także jak znaczącą kompetencję przyznaje obietnica temu, który ją przyjmuje – zakres jego uprawnień względem obiecującego jest bardzo szeroki, choć oczywiście doznaje pewnych ograniczeń⁷⁷². Wśród wielu wartościowych dla *ratio* umów obserwacji Kimela warto przywołać uwagę, że naganność niedochowania obietnicy ma tę cechę, że łatwo można wskazać kto na tym stracił, a więc nie jest to naganność ogólna, ale w stosunku do tej konkretnej osoby, w związku z czym naturalnie narzuca się też podjęcie kwestii zobowiązania naprawczego, co oznacza, że obiecujący jest zobowiązany zrobić to, co w nowych okolicznościach będzie najbardziej korzystne dla przyjmującego obietnicę (*obligation to do the “next best” for the promisee*)⁷⁷³. Swoje rozważania zakończył zaś uwagą, że historyczny i obecny rozwój prawa kontraktowego w ramach kultury premiującej autonomię skłania do obserwacji, iż stopniowe przechodzenie od ograniczania osobistej autonomii do jej zwiększania było wielkim wyzwaniem by uczynić z niej „najbardziej potężny napęd rozwoju i zmiany”⁷⁷⁴. Kolejny raz zatem wybrzmiała w omawianej książce pochwała oświeceniowego rozumienia wagi i sensu związku między moralnością i prawem.

Według Klasa trzy artykuły (Charliego Webba, Jamesa Pennera i Liama Murphy’ego) prezentują rozważania bliskie teorii obietnicy, ale z istotnymi wobec niej zastrzeżeniami, tzn. uznają one, że kontrakt służy osiągnięciu celów moralnych, ale kwestionują formalne założenia koncepcji Frieda⁷⁷⁵.

Bardzo interesujące rozważania na temat uzasadnienia stojącego za praktyką obiecywania przedstawił pierwszy z nich. Sięgając m.in. do *Contract Theory* Smitha Webb wyjaśnił, jakie znaczenie dla teorii prawa ma kwestia relacji między tym co sprawia, że określone decyzje są podejmowane, a tym, co skłania faktycznie podejmujących te decyzje do takiego a nie innego decydowania. Wydaje się, że ze względu na ogólny charakter jego rozważań wyjątkowo łatwo dają się one aplikować do prawa kontynentalnego, zwłaszcza, że Webb wyszedł od kwestii znaczenia uzasadnienia norm stanowionych dla podejmowania decyzji. Z jego różnych obserwacji można na pewno przywołać tę, że warto pytać o to, jakie dobra czy wartości stoją faktycznie za działaniami i decyzjami i czy są one „dobre”. Refleksje Webba doprowadziły go do wniosku, że tak naprawdę (zwłaszcza w przypadku kontraktu) zobowiązania moralne i prawne redukują się do jednego zobowiązania, ponieważ w przypadku, gdy ktoś jest zobowiązany do działania przez prawo, ale nie widzi w tym

⁷⁷² Kimel (2016).

⁷⁷³ Kimel (2016) 104.

⁷⁷⁴ Kimel (2016) 115.

⁷⁷⁵ Klass (2016) 4-5.

działaniu żadnego uzasadnienia moralnego, to nie ma dla niego znaczenia, że prawo do czegoś go zobowiązuje: albo prawo wymaga zobowiązania moralnego, albo żadnego⁷⁷⁶. Z jednej strony uderza radykalizm takiego podejścia, z drugiej zaś nie wydaje się, żeby było ono nowym odkryciem, autor jednak ciekawie rozłożył akcenty w swoim wywodzie i wskazał na wątki często pomijane, np. na to, w jaki sposób przestrzeganie obietnic służy samemu obiecującemu. Przebija także z jego tekstu proste przekonanie o wiążącej mocy słowa⁷⁷⁷.

Inny przykład formalnej krytyki teorii obietnicy to koncepcja kontraktu jako porozumienia (*agreement*), której elementy wyeksponował w swoim artykule Penner. Znacznie wcześniej w innym tekście szerzej wyłożył on, dlaczego do opisu kontraktu lepiej według niego pasuje „porozumienie” niż „obietnica”, a jednym z aspektów, który wielokrotnie powraca także w nowszym opracowaniu jest obserwacja tego, że kontrakt opiera się zazwyczaj na jakimś wspólnym projekcie czy działaniu, na jakiejś formie wzajemności między stronami⁷⁷⁸. W nowszym tekście Penner ponownie starał się wykazać, że znacznie bardziej adekwatnym i naturalnym jest postrzeganie kontraktów jako porozumień między stronami, niż jako wymiany obietnic. Nawiasem mówiąc szeroko wykorzystał w swoich rozważaniach prace Seany Shiffrin, która postulowała wobec rozpadu zależności między obietnicą i kontraktem, by na nowo uwzględnić w prawie kontraktowym moralny aspekt podejmowanych działań⁷⁷⁹. Penner posługując się barwnymi przykładami przekonująco wyjaśnił dlaczego uważa, że to porozumienia mają „moralne pierwszeństwo” (*moral priority*) przed obietnicami: wykazał przykładowo, że w praktyce obietnica przeważnie służy zapewnieniu drugiej strony co do realizacji działania, które wynikało z wcześniejszych ustaleń między stronami, co więcej obietnica „pasożytuje” według niego na porozumieniu i często czynienie obietnicy jest wyrazem tego, że coś źle funkcjonuje w relacji, która łączy strony⁷⁸⁰. Wydaje się, że wiele uwag Pennera trafnie opisuje problem tego, że w rzeczywistości to nie praktyka obiecywania powinna być matrycą dla kontraktu, lecz wspólne porozumienie stron, a nawet określona relacja we wspólności⁷⁸¹. W ramach jego rozważań aspekt związany z odpowiedzią na pytanie analityczne zajmuje miejsce pierwszoplanowe. Artykuł Pennera to zatem także kolejny przykład aktualności Kantowskiej filozofii w anglosaskiej teorii kontraktu.

⁷⁷⁶ Webb (2016) 145.

⁷⁷⁷ Webb (2016) 149-150.

⁷⁷⁸ Penner (1996) 333. Zob. Osmola (2018) 120.

⁷⁷⁹ Shiffrin (2007). Zob. Osmola (2018) 117.

⁷⁸⁰ Penner (2016).

⁷⁸¹ Takie ujęcie zbliżałoby jego koncepcję do relacyjnej teorii kontraktu; zob. np. Macneil (2000).

Murphy już na wstępie swojego tekstu zawarł kilka interesujących uwag. Według niego normatywna teoria prawa nie powinna przyjmować za pewnik tego, że prawo jest dostatecznie dobre i wyjaśniać tylko dlaczego tak jest: raczej trzeba ciągle szukać wewnętrznej struktury prawa, które jest zjawiskiem społecznym. Zauważył także, że celem normatywnej teorii prawa nie powinno być tylko jej dopasowanie do konkretnego porządku prawnego, ale raczej takie ujęcie prawa, które dałoby się zastosować możliwie szeroko. Na marginesie przyznał, że anglojęzyczna teoria prawa jest „zaściankowa” (*parochial*), ponieważ współcześni teoretycy prawa nie mają ani narzędzi do badań komparatystycznych, ani nie są nimi w rzeczywistości zainteresowani⁷⁸². Murphy wskazał trzy sposoby uzasadniania tego, że kontrakty powinny być w drodze przymusu dochodzone przez państwo, mianowicie podejście moralistyczne (kontrakt służy realizacji zobowiązania moralnego i tylko temu), podejście sprawiedliwości wyrównawczej (kontrakt ma zapewnić wynagrodzenie tym, którzy są ofiarami nagannego postępowania) i podejście instrumentalne (kontrakt ma istotne moralnie skutki społeczne). Pierwsze z nich skupia się wyłącznie na moralności, a drugie i trzecie moralność uwzględniają, ale cel stawiają dalej. Przedstawił on krótko każde z tych podejść, a najwięcej uwagi poświęcił ostatniemu, według niego najbardziej atrakcyjnemu. Typowy przykład podejścia instrumentalnego to ekonomiczna analiza prawa, ale Murphy uważa, że cel, jakiemu mają służyć kontrakty, winien być ujęty szerzej: to nie tylko dobrobyt (ekonomiczny), ale także dobrobyt społeczny, troska o równość, zapobieganie niesprawiedliwości; prawo kontraktowe ma służyć promowaniu społecznej praktyki zawierania i przestrzegania porozumień⁷⁸³. Ważne jest, jego zdaniem, że teoria ekonomiczna skutecznie wyjaśnia działania ludzi, bo tylko przez to można zacząć kształtować zmiany w prawie (przez nakłonienie ludzi do zmiany postępowania), ale należałoby szerzej ująć cel, jakiemu służyć ma prawo kontraktowe. Propozycja Murphy’ego to zatem ciekawy przykład innej teorii użytecznej niż ekonomiczna, według klasyfikacji Smitha, do którego *Contract Theory* Murphy także w swoim tekście się odniósł⁷⁸⁴.

Wreszcie, Klass wskazał na artykuły, które opierają się na założeniu, że prawo kontraktowe nie powinno być łączone z pytaniami dotyczącymi moralności, do których zaliczył między innymi tekst Randy’ego E. Barnetta⁷⁸⁵.

⁷⁸² Murphy (2016) 151-152. Zresztą w artykule Murphy’ego pojawiają się marginalne odniesienia do Niemiec i Francji – co czyni go wyjątkowym na tle pozostałych.

⁷⁸³ Murphy (2016) 162-163.

⁷⁸⁴ Zob. Smith (2007) 136-140.

⁷⁸⁵ Klass (2016) 5-6.

Koncepcją, która korzysta z teorii kontraktu jako obietnicy, ale inaczej stawia wymagania w zakresie wymagań co do formy, która rodzi zobowiązanie, jest koncepcja kontraktu jako „zgody” (*consent theory of contract*). Zamiast obietnicy Barnett zaproponował by to zgoda, porozumienie między stronami, było źródłem, z którego wypływa prawna odpowiedzialność za niewykonanie obietnicy⁷⁸⁶. W swoim eseju przedstawił on te punkty teorii obietnicy, które zasługują na krytykę i dają się obronić przy zastosowaniu jego teorii. Jednym z tych punktów jest relacja między kontraktem a moralnością⁷⁸⁷. Barnett docenił, że *Contract as Promise* była reakcją na stan doktryny w latach 70-tych, a więc początek *law and economics* oraz „śmierć umowy”: to, czego brakowało w doktrynie, to odniesienie kontraktu do moralności, ale Fried poszedł według niego za daleko, ponieważ sprowadził tę kwestię do etyki, gdy tymczasem moralność kontraktu zasadza się na realizowaniu sprawiedliwości, a więc ma określać, kiedy można zastosować przymus z zewnątrz⁷⁸⁸. Odpowiedź na pytanie normatywne wydaje się jednak w ramach teorii kontraktu jako zgody taka sama jak w teorii promisoryjnej, choć nieco przesuwają się w niej akcent z poszanowania uprawnień jednostki na poszanowanie uprawnień jednostek, tj. na moralność publiczną.

Dwa ostatnie eseje z części pierwszej omawianej książki dotyczą dwóch różnych uzasadnień wiążącej mocy umów. Avery W. Katz w zwięzły i przejrzysty sposób przedstawił założenia ekonomicznego podejścia do kontraktów, nie unikając jego konfrontacji z innymi głównymi nurtami teoretycznymi⁷⁸⁹. Aditi Bagchi przedstawił zaś podstawy podejścia do kontraktu opartego na sprawiedliwości rozdzielczej, a więc podejścia chyba najbardziej oddalonego od teorii ekonomicznych⁷⁹⁰.

Druga część *Philosophical Foundations of Contract Law* to eseje poświęcone roli filozofii prawa w rozważaniu szczegółowych zagadnień prawa kontraktowego, zatem można pominąć w tym miejscu ich szczegółową analizę. Warto z uwagi na cel tej pracy wskazać jeden z nich, tj. artykuł Daniela Markovitsa (zaczepnięty z jego monografii), w którym przedstawił on kluczowe znaczenie kategorii dobrej wiary dla anglosaskiej teorii kontraktu – *good faith* i *bona fides* mimo zbieżności nazwy są przykładem odmienności w postrzeganiu podobnych koncepcji w *common law* i na kontynencie⁷⁹¹. Kategoria dobrej wiary jest zresztą tylko jednym z elementów szerszej koncepcji Markovitsa, tj. teorii współpracy (*collaborative*

⁷⁸⁶ Barnett (1986) 291-321. Zob. Osmola (2018) 120-121.

⁷⁸⁷ Barnett (2016) 47-48.

⁷⁸⁸ Barnett (2016) 55-57.

⁷⁸⁹ Katz (2016).

⁷⁹⁰ Bagchi (2016).

⁷⁹¹ Markovits (2016).

theory of contract), która jest przykładem mieszanej teorii kontraktu. Markovits postawił przed teorią kontraktu dwa pytania: dlaczego zawiera się porozumienia i dlaczego dotrzymuje się porozumień? Z połączenia odpowiedzi na oba te pytania wyłania się podstawowe założenie jego koncepcji: moralność kontraktów należy rozumieć w odniesieniu do relacji w społeczności, które powstają między osobami zawierającymi kontrakty. Relacje te opierają się na tym, że każdy uczestnik tej społeczności uznaje pozostałych, dając im władzę nad swoim przyszłym zachowaniem, jest to więc teoria mocno osadzona na roli kontraktów dla budowania wspólnoty opartej na zaufaniu⁷⁹².

Ze względu na zakres treści omówionych artykułów z części pierwszej można także ułożyć je według innego porządku niż zaproponowany przez Klassa. Można przykładowo większość z nich odnieść w sposób bardziej usystematyzowany do kwestii ich stosunku wobec dominującej teorii promisoryjnej w nawiązaniu do artykułu Szymona Osmoli, porządkującego anglosaskie teorie kontraktu w tym zakresie⁷⁹³. W tym wariantcie oczywiście podstawowy tekst to artykuł Frieda, który stanowi aktualizację teorii obietnicy rozumianej jako dobrowolnie nałożone na siebie ograniczenie wolności składającego obietnicę na rzecz przyjmującego obietnicę, z czego wynika imperatyw jej przestrzegania. Uzupełniają go teksty Raza, Owensa, Kimela i Webba. Obok nich występują artykuły reprezentujące krytykę formalną teorii obietnicy, tj. taką, która przyjmuje jej podstawowe założenia, ale zamiast „paradygmatu umowy jako obietnicy” stawia na pierwszym planie inne koncepcje⁷⁹⁴, np. porozumienie (Penner) czy zgodę (Barnett) – krytyka formalna nie prowadzi do zastąpienia przyjętego rozumowo imperatywu przez inne przekonanie o obiektywnej doniosłości lojalności w relacji, a jedynie odmiennie postrzega formę konstytuującą ten imperatyw. Obok nich pozostałyby teksty udzielające innej odpowiedzi na pytanie normatywne (Katz, Bagchi), za to wydaje się, że brakowałyby podejścia reprezentującego krytykę materialną teorii obietnicy⁷⁹⁵.

Oczywiście *Philosophical Foundations of Contract Law* w żadnym razie nie wyczerpują bogactwa współczesnej teorii kontraktu. Redaktor, Klass, sam zaznaczył, że zabrakło w tej książce odniesień do kilku istotnych nurtów w nauce: teorii zaufania, teorii sprawiedliwości wyrównawczej, do teorii wykorzystujących ekonomię behawioralną i

⁷⁹² Markovits (2004); Markovits (2006).

⁷⁹³ Osmola (2018).

⁷⁹⁴ Osmola (2018) 118-123.

⁷⁹⁵ Osmola (2018) 123-125. Choć autorem ważnej koncepcji z tego zakresu jest Kimel, to w omówionym wyżej tekście wydaje się nie stawiać tego aspektu na pierwszym planie.

innych⁷⁹⁶. Nie sposób także w tym miejscu do nich wszystkich się odnieść, aczkolwiek np. teoria zaufania została przybliżona przy okazji omówienia pracy Atiyaha, a przykładem teorii szerzej opartych na odniesieniach filozoficznych są propozycje Gordleya, także przybliżone wyżej. Wydaje się jednak, że przedstawiona publikacja daje ogólny obraz złożoności i różnorodności badań prowadzonych w zakresie teorii kontraktu, który dla potrzeb dalszej refleksji można uogólnić bez sięgania do tysięcy szczegółowych opracowań. Z punktu widzenia niniejszej rozprawy można przyjąć, że wspólnym mianownikiem większości opracowań z *Philosophical Foundations of Contract Law* jest otwartość na uwzględnienie czynników pozaprawnych w kształtowaniu teorii kontraktu, a przez to i w interpretacji prawa kontraktowego. Przeważnie otwartość ta oznacza przyjmowanie koncepcji filozoficznych, ale może polegać także przykładowo na uwzględnieniu ekonomicznej analizy działań człowieka. Innym elementem łączącym różne artykuły jest nastawienie praktyczne – wyraźnie widać, że każda analizowana kwestia ma dla teoretyków kontraktu przełożenie na konkretne zdarzenia lub z drugiej strony: każdą swoją propozycję starają się oni poprzeć stosownymi przykładami nie ograniczając się do teorii.

3.2.6. Wnioski

Tak jak trudno przedstawić bogactwo dorobku Anglosasów w zakresie teorii kontraktu, tak niełatwo zebrać wnioski wynikające z jego krótkiej prezentacji. Niewątpliwie w przypadku teorii kontraktu widać, że swobodę umów i *ratio* umów można uzasadniać nie tylko dogmatyką, ale także wartością. Okazuje się, że kiedy wychodzi się poza bezpieczne ramy ogólnej teorii umów, w których można systemowo rozstrzygać wątpliwości, to wtedy dopiero rodzą się liczne pytania dotyczące tego czym jest kontrakt, co wyróżnia zobowiązania kontraktowe, czemu kontrakty służą, jak uzasadniać ich wiążący charakter, jaki jest stosunek prawa kontraktowego do moralności, itd. Warto więc na pewno wziąć pod uwagę doświadczenie anglosaskie w stawianiu tych pytań i formułowaniu odpowiedzi – wprawdzie z perspektywy prawa kontynentalnego stawianie ich nie jawi się jako konieczność, ale ma istotną wartość poznawczą. Być może nawet skala rosnących ograniczeń ustawowych swobody umów sygnalizuje, że taka potrzeba jest coraz większa i realna staje się konieczność mierzenia się z tymi zagadnieniami, o czym będzie mowa dalej.

Specyfika *common law* znacznie ułatwia także sięganie do argumentacji osadzonej na doświadczeniu historycznym. Jest to naturalne i konieczne w tym zakresie, w jakim teoria

⁷⁹⁶ Klass (2016) 13. Zob. Bix (2015) 619.

kontraktu wychodzi od kasusów, tj. dorobku sądownictwa, w celu opisanie prawa kontraktowego. Wiele pomysłów na wyjaśnienie kontraktu sięga jednak dalej i głębiej, w owocny sposób odwołując się do historii prawa i filozofii. Szerokie otwarcie na różne rodzaje argumentów prawnych jest jedną z konsekwencji kryzysu czy też odrzucenia ogólnej teorii umów w *common law*, którą doktryna zaproponowała pod koniec XIX w. Niemniej, przykład *Philosophical Foundations of Contract Law* pokazuje, że teoria kontraktu równie dobrze radzi sobie bez argumentacji historycznej. Teoretycy kontraktu chętniej sięgają do filozofii: wielokrotnie pojawiły się w zebranych tam artykułach odniesienia do Kanta, kilkakrotnie powracał Hume, marginalnie odesłano do Grocjusza. Potwierdza to także intuicję, że dla Anglosasów filozofia prawa zaczyna się od Hume'a.

Rzeczona publikacja jest też świadectwem tego, że oba pytania – analityczne i normatywne – są istotne we współczesnej dyskusji teoretyków kontraktu. Wydaje się, że większe znaczenie ma dla nich odpowiedź na pytanie pierwsze, czego wyrazem jest nieustanne odnoszenie się przez nich do teorii ortodoksyjnej, czyli kontraktu jako obietnicy. Jest to zrozumiałe, gdyż wobec braku regulacji ustawowej to odpowiedź na pytanie analityczne pozwala im wyznaczyć ramy prawa kontraktowego i umieścić w nich to, co rzeczywiście dotyczy kontraktów. Nie brak i refleksji w zakresie odpowiedzi na pytanie o legitymizację kontraktu, ale chyba ma ono mniejsze znaczenie albo bardziej utrwalaony jest podział na zwolenników odpowiedzi utylitarnych i opartych na uprawnieniu. Niemniej przykład tej jednej znaczącej publikacji pokazuje specyfikę dyskursu Anglosasów, gdzie filozoficzne pytania o kontrakt są ciągle aktualne. *Ratio* umów, choć nienazywana w ten sposób, zajmuje przedstawiciele doktryny znacznie bardziej niż na kontynencie.

Warto także zwrócić uwagę na drugi aspekt łączący różne artykuły z omawianej publikacji: pytania stawiane w dyskusji anglosaskiej łączą się mocno z praktyką. Teoretycy kontraktu szukają rozwiązań dla problemów praktycznych, tak jak w prawie skodyfikowanym czynią to dogmatycy. Wobec ograniczeń swobody umów w prawie skodyfikowanym coraz trudniejsza staje się także dyskusja na temat jej granic, co może być zwiastunem zmiękczenia ogólnej teorii umowy jako uniwersalnego narzędzia do rozwiązywania problemów. Skoro bowiem brakuje refleksji o *ratio* wiążącej mocy umów, to w obliczu kryzysu umowy prawo skodyfikowane będzie zdane na rozkaz wynikający z porządku prawnego. W takiej perspektywie teoretyczne refleksje anglosaskie, skupione na problemach praktycznych, mogą stać się inspiracją do szerszych poszukiwań uzasadnienia dla wierności umowie także w tradycji *civil law*.

3.3. *RATIO* WIĄŻĄCEJ MOCY UMOWY: ARGUMENTACJA KANONISTÓW A DYSKUSJA PRAWNIKÓW *COMMON LAW*

3.3.1. Uwagi wprowadzające

Ogólne wprowadzenie do problematyki *ratio* umów w anglosaskich teoriach kontraktu pozwala rozważyć, jaka wartość tkwi w zestawieniu ich z argumentacją kanonistów. Z jednej strony argumentacja kanonistyczna może stanowić przyczynek do postawienia pytania o wiążącą moc umów w modelu swobody umów wynikającym z ogólnej teorii umów, zaś z drugiej może służyć jako dodatkowy element wart uwzględnienia w ramach teorii kontraktu. Można rozpocząć od drugiego aspektu, wskazując na funkcjonalne podobieństwo między argumentacją kanonistów a teoriami dzisiejszych prawników *common law*.

Najpierw zostaną przedstawione przykłady związków argumentacji kanonistycznej ze współczesną dyskusją anglosaską wokół teorii kontraktu *in concreto*, tj. przy wykorzystaniu tego samego przykładu, co w podrozdziale poprzednim, czyli publikacji *Philosophical Foundations of Contract Law*. Następnie zostanie zwięźle pokazane podobieństwo obu tych dyskursów *in genere*. Ten aspekt badań wiąże się mocno z problematyką możliwości poddania racji kanonistycznych aktualizacji, która wróci pod koniec całego prezentowanego rozdziału.

3.3.2. Teorie kontraktu a argumentacja kanonistyczna: podobieństwa *in concreto*

Istotnym źródłem inspiracji dla podejmowania na nowo refleksji o kształcie prawa umów może być anglosaska teoria kontraktu. Wydaje się, że współcześnie sięganie do *common law* i uwzględnianie go w ramach badań komparatystycznych jest przejawem pewnej „mody prawniczej”. Niewątpliwie jednak przynajmniej część refleksji anglosaskiej może okazać się użyteczna dla wyjaśnienia *ratio* wiążącej mocy umów także w systemach kontynentalnych – przykładem poszukiwań idących w tym kierunku są porównania *causa* i *consideration*⁷⁹⁷.

Można dostrzec podobieństwo niektórych wątków obecnych w refleksji anglosaskiej z poddanymi aktualizacji koncepcjami kanonistów. Podobnie jak w poprzednim podrozdziale książka *Philosophical Foundations of Contract Law* posłużyła *pars pro toto* do omówienia współczesnych problemów teorii kontraktu, tak można i w tym miejscu uczynić z niej użytek, by pokazać tylko kilka przykładów tego, w jaki sposób niektóre elementy podnoszone dzisiaj w teorii kontraktu przypominają to, co już dawno padło w analogicznym dyskursie

⁷⁹⁷ Np. Markesinis (1978).

kanonistów. Nie idzie przy tym o to, by w jakiegokolwiek mierze udowodnić, że teoria kontraktu nie ma dzisiaj nic nowego do powiedzenia albo kanoniści wyczerpali już kwestię dyskusji o *ratio* umów, lecz raczej o to, by zauważyć powtarzalność pewnych zagadnień. By wzbogacić kontynentalną refleksję o prawie umów nie trzeba konieczności sięgać do *common law* – niekiedy wystarczy sięgnąć do historii by znaleźć inspiracje do odpowiedzi na aktualne pytania.

W jednym z fragmentów artykułu Frieda brzmi echo rozróżnienia na *forum internum* i *forum externum*, mianowicie, kiedy tłumaczy on, że przyjmujący obietnicę, gdy chce dochodzić jej spełnienia, musi wyjść poza sumienie obiecującego i domagać się tego na forum zewnętrznym oraz przekonać osoby postronne do użycia siły przeciw jego „moralnemu przeciwnikowi” (*moral adversary*)⁷⁹⁸. Fried podkreślił, że to prowadzi do problemu, ponieważ wiąże się z koniecznością zaangażowania osób trzecich, a sądy mają ograniczone zasoby (czasowe, materialne, ludzkie) – sprawiedliwość jest ograniczonym dobrem. Odpowiedzią na ten problem według Frieda była doktryna *consideration*, która miała służyć ograniczeniu ilości sporów przenoszonych na drogę sądową, wszak jej głównym motywem było ograniczenie kosztów i ryzyka przenoszenia sporów na forum zewnętrzne (*externalization; placing into the forum externum*). *Contract as Promise* było wystąpieniem otwarcie przeciw *consideration*, zaś systemy kontynentalne radzą sobie z tą kwestią stawiając określone wymogi co do formy (*formalities*). Według Frieda należy jednak szukać rozwiązania tej kwestii w szerszym zagadnieniu dochodzenia kontraktów opartych na wyzysku, sprzecznych z dobrym sumieniem ze względu na nadmierne wykorzystanie drugiej strony (*law of unconscionability*): w przypadku nieodpłatnych obietnic prawo powinno skupić się na tym, by zasobami sprawiedliwości dysponować tylko w poważnych sprawach, co nie oznacza jednak, że ma równocześnie wspierać nadmierne wykorzystywanie stron porozumienia.

Wywód Frieda już na poziomie językowym szeroko korzysta z frazeologii charakterystycznej zwłaszcza dla traktatów drugiej scholastyki (*conscience, forum, forum externum, externalization*). Nie odniósł się on jednak w żadnym zakresie do historii postrzegania roli umów, a wydaje się, że tego typu odesłanie w ramach przyjętej siatki pojęciowej mogłoby przysłużyć się jego wywodowi. Gdyby zaś skorzystać z rozważań kanonistów łatwo można by wskazać istotne skutki przyjęcia rozróżnienia na *forum internum* i na *forum externum* oraz lepiej wyjaśnić, w jakim zakresie prawo winno zajmować się

⁷⁹⁸ Fried (2016) 34-36.

nagannymi moralnie kontraktami. Ponadto, rozważania Frieda w tym aspekcie przypominają dyskusje nowożytnych prawników nad argumentacją odrzucającą zaskarżalność wszystkich umów w obawie przed niekontrolowanym wzrostem sporów sądowych, zwłaszcza, że wspominał on w tym kontekście o prawie kontynentalnym, które próbuje radzić sobie z tym problemem wymagając od umów określonych formalności.

Barnett w zakończeniu swojego artykułu o kontrakcie jako zgodzie a nie obietnicy wyraził przekonanie, że krytyka teorii obietnicy (prezentowana nie tylko przez niego) opiera się na uznaniu, że czym innym jest moralność obietnicy, a czym innym moralność kontraktu. Istotne jest by zajmować się moralnością kontraktu, by odróżnić dzięki temu *contract law* od *tort law*, ale to nie oznacza, że teoria obietnicy jest najlepszym rozwiązaniem. Sięgając do Hume'a, Lona Fullera, a nawet do Frieda, Barnett wskazał, że wewnętrzna moralność kontraktu nie jest przykładem moralności prywatnej, tj. takiej, która wskazuje jak powinno się wypełniać swoje obowiązki, ale moralności publicznej, tj. takiej, która skupia się na wskazaniu, w jakich okolicznościach możliwe jest zastosowanie przymusu wobec kogoś występującego przeciw swoim obowiązkom⁷⁹⁹. Fried według niego błędnie przeniósł moralność obietnicy, która jest moralnością prywatną, do sfery kontraktów, które przynależą do moralności publicznej. Skupienie na publicznym czy też społecznym aspekcie prawa kontraktowego przypomina rolę, jaką odegrała w argumentacji kanonistów kategoria pokoju. Wydaje się, że można by uznać troskę o pokój społeczny za przejaw dążenia do realizacji moralności publicznej. W ten sposób zyskałaby ona dodatkową legitymizację – obok wskazania na zastosowanie przymusu w celu naprawienia sytuacji niepożądaną mogłaby mieć także uzasadnienie pozytywne, tj. troskę o zachowanie ładu społecznego. Jakkolwiek jest to związek odległy to widać pewne podobieństwa w tym sposobie myślenia, choć z zastrzeżeniem, że kanoniści z pewnością nie zgodziliby się na to, by z tego powodu porzucić moralność prywatną – jej znaczenie było dla nich pierwszorzędne.

W swoim eseju Webb uzasadniając motywy stojące u podstaw przestrzegania obietnicy zawarł prostą, lecz cenną obserwację. Otóż według niego jednym z czynników, które skłaniają obiecującego do przestrzegania obietnicy jest to, że takie postępowanie ma uzasadnienie w jego własnej korzyści, tzn. czyniąc obietnice i przestrzegając ich czyni on swoje życie lepszym. W interesie obiecującego jest przestrzegać obietnicy, ponieważ daje to gwarancję efektywnego rozwiązywania problemów wspólnotowych – skoro bowiem ktoś obietnicy nie przestrzega, to traci na tym wspólnota, co z kolei uzasadnia ingerencję

⁷⁹⁹ Barnett (2016) 56-57.

przymusu państwowego. Oczywiście, przestrzeganie obietnicy nie leży tylko w interesie obiecującego, lecz także przyjmującego obietnicę, a nawet jak widać całej społeczności⁸⁰⁰. Na podstawie tych uwag Webba dałoby się połączyć jego wywód z argumentacją społeczną kanonistów: skoro przestrzeganie obietnic służy wspólnocie, to jest to tożsame z ich obserwacją, że przestrzeganie umów służy budowaniu pokoju w relacjach między ludźmi. Podobnie można by sięgnąć do teorii współpracy Markovitsa i połączyć ją z koncepcją kanonistów. Dodatkowo, wydaje się, że kiedy Webb pisze o przestrzeganiu obietnic jako o polepszaniu własnego życia przez obiecującego, można dostrzec podobieństwa takiego podejścia do Arystotelesowskiej czy chrześcijańskiej etyki cnót. Poza tym, biorąc pod uwagę argument teologiczny, łatwo uznać przestrzeganie danego słowa za działanie nakierowane na interes własny (*ergo*: zbawienie), niezależnie od tego, jakie to niesie korzyści dla drugiej strony.

Wreszcie argument społeczny kanonistów mógłby także zostać zestawiony z tym fragmentem artykułu Murphy'ego, w którym wyraził on przekonanie, że teoria kontraktu powinna sięgać do uzasadnienia moralnego w szerszej perspektywie niż tylko między dwiema stronami, tj. patrząc na całościowy zysk społeczny z czynienia i przestrzegania obietnic. Takie podejście ściśle wiąże się z przedstawioną wyżej adaptacją argumentu społecznego do współczesności, którą w propozycji Murphy'ego należałoby nazwać instrumentalną teorią kontraktu, w tym sensie, że służy ona jakiemś konkretnemu dobru. Sam autor zdefiniował je bardzo ogólnie, mianowicie „by rzeczy miały się lepiej” (*to make things better*), ale dalej wskazał, że ten cel ma charakter złożony i obejmuje szeroko pojęty dobrobyt (nie rozumiany jako czysty zysk ekonomiczny, jak chcieliby zwolennicy ekonomicznej analizy prawa)⁸⁰¹.

Cztery przywołane wyżej artykuły pokazują, że łatwo można znaleźć analogie – bardziej lub mniej bliskie – między wątkami pojawiającymi się we współczesnych teoriach kontraktu a argumentacją średniowiecznej kanonistyki. Wypada raz jeszcze podkreślić, że nie oznacza to, że jest pozbawione sensu sięganie do jednego lub drugiego źródła, ale pokazuje pewną powtarzalność myśli oraz powrót podobnych koncepcji w warunkach sprzyjających dyskusji na temat wiążącej mocy umów. Owocne może być zatem sięganie do jednego źródła i do drugiego niezależnie, a tym bardziej czerpanie z nich łącznie, co może prowadzić do kształtowania „moralnej teorii kontraktu”⁸⁰².

⁸⁰⁰ Webb (2016) 146-148.

⁸⁰¹ Murphy (2016) 162-163.

⁸⁰² Berman (1986) 111.

3.3.3. Teorie kontraktu a argumentacja kanonistyczna: podobieństwa *in genere*

Warto wycinkowe studium poświęcone jednemu opracowaniu rozszerzyć o kilka uwag ogólnych. Widać bowiem podobieństwa między dyskusją kanonistów i Anglosasów nad umowami nie tylko na przykładach bardzo konkretnych, ale można wychodząc od nich dostrzec analogie bardziej ogólnej natury, które pozwalają połączyć niektóre rodzaje teorii kontraktowych z odpowiednimi argumentami średniowiecznej kanonistyki. W szczególności argumentacja teologiczna i społeczna kanonistów daje się owocnie zestawić z teoriami kontraktu.

Argument teologiczny przyjęty jako argument moralny przypomina teorię obietnicy, której podstawowym założeniem jest to, że kontrakt będący źródłem zobowiązania prawnego opiera się na obietnicy, która jest źródłem zobowiązania moralnego. Wypada przy tym zaznaczyć, że rozumienie ontologicznego statusu reguł moralnych w średniowieczu i w kluczowej dla dyskusji anglosaskiej doktrynie oświecenia (Kant) było odmienne, ale podobieństwa funkcjonalne dają się zauważyć. Oba rodzaje zobowiązań są ze sobą ściśle powiązane, podobnie jak było to postrzegane przez średniowiecznych kanonistów, przy czym dla nich źródło tego powiązania tkwiło w uznaniu obiektywnej normy nakazującej postępowanie odpowiadające prawdzie, a dla filozofii oświeceniowej było to skutkiem imperatywu kategorycznego. Do zbudowania takiej ogólnej analogii może skłaniać też i ta okoliczność, że kanoniści także szeroko korzystali w swoich komentarzach z podobnego rozróżnienia, kiedy mówili o *promissio* i o *pactum*. Ponadto naruszenie danego słowa skutkuje pogorszeniem sytuacji tego, kto dał mu wiarę – co z kolei przypomina nieco kontraktową teorię zaufania⁸⁰³.

Argument teologiczny pasuje także do odpowiedzi na pytanie normatywne, tj. można go łączyć także z teorią uprawnienia. Teoria uprawnienia opiera się na zakazie naruszania uprawnień innych, zaś w tym przypadku zakaz dotyczyłby naruszania przede wszystkim własnych uprawnień, w tym sensie, że wystąpienie przeciw danemu słowu można uznać za nadużycie przyznanych człowiekowi kompetencji. Do tego można wspomnieć *denuntiatio evangelica*, która była środkiem mającym na celu skłonienie bliźniego do wypełnienia obietnicy z uwagi na zło moralne wynikające z jej niezachowania, przy czym głównym celem tego doniesienia było nawrócenie grzesznika. Podobnie w teorii uprawnienia celem ingerencji państwa jest kres szeroko pojętego zła wynikającego z naruszenia cudzych uprawnień, co z kolei jest konsekwencją niewłaściwego korzystania z własnych uprawnień.

⁸⁰³ Zob. np. fragment z dzieła Guido de Baysio omówiony wyżej, 1.3.2.2.

Ratio umów była także wyjaśniana przez kanonistów dzięki odniesieniu do argumentu praktyczno-społecznego, który można uogólnić w stwierdzeniu, że dobre relacje międzyludzkie są warte ochrony. W takim kluczu argument ten stanowi jedną z propozycji mieszczących się pod szyldem „inne teorie utylitarne” zaproponowanym przez Smitha dla niejednorodnej grupy teorii udzielających odpowiedzi na pytanie normatywne. Podobnie jak w teorii efektywności taka propozycja opierałaby się na uznaniu za cel prawa umów zwiększenia korzyści, lecz nie postrzeganej jako zysk ekonomiczny, ale jako zysk społeczny, zysk mierzony jakością wspólnotowego życia. Dla kanonistów odwołanie do kategorii pokoju społecznego miało na uwadze pokój między chrześcijanami, łatwo jednak można znieść to zawężenie i uznać, że ogólnie rzecz biorąc relacje między ludźmi oparte na zgodnym współżyciu są wartością.

Wydaje się, że te ogólne podobieństwa między argumentacją kanonistów i Anglosasów wskazują po pierwsze na uniwersalny charakter tego typu rozważań, a po drugie mogą świadczyć o wartości obu przedstawionych argumentów. Skoro bowiem były one użyteczne setki lat temu i są użyteczne i dzisiaj, może to prowadzić do wniosku, że mają charakter powszechny i dają się zastosować w ramach różnych dyskursów. Zbieżność argumentacji kanonistycznej i Anglosaskiej stanowi także dodatkowy argument by sięgać do niej w ramach refleksji teoretycznej w doktrynie prawa skodyfikowanego. Prawdopodobnie przedstawione ogólne podobieństwa między racjami można by rozwinąć na poziomie bardziej szczegółowym, aczkolwiek byłoby to zapewne obarczone ryzykiem, ponieważ schodząc w głąb tych argumentów dałoby się zauważyć istotne rozbieżności między nimi co do założeń podstawowych. Nie wpływa to – zdaje się – na podstawowy wniosek wypływający z przedstawionego porównania: powszechnie podzielane przekonania mogą wszak wynikać z różnych źródeł. Do tego należy dodać i tę uwagę, że argumentacja kanonistów była sformułowana dosyć ogólnie – nie prowadzili oni rozważań w zakresie *ratio* umów tak szczegółowych jak teoretycy kontraktu. Również z tego względu bardziej precyzyjne analogie mogą być trudne do zbudowania i trudne do obrony.

3.3.4. Wnioski

Przedstawienie argumentacji średniowiecznej kanonistyki na rzecz swobody umów w kontekście anglosaskich teorii kontraktu pokazuje potencjał wskazujący zarówno na aktualność rozważań kanonistów, jak i ich użyteczność dla współczesnego prawnictwa. Dla uzasadnienia *ratio* umów także dzisiaj można sięgać do odległych w czasie tekstów, za którymi kiedyś stał autorytet (choć dla wielu i dziś nie stracił on na znaczeniu), a obecnie

mogą one być postrzegane co najmniej jako ślady doświadczenia, z którego wyrosła dogmatyczna zasada swobody umów. Nadto, ogólne wnioski wynikające z ich lektury dają się przekształcić w ten sposób, by mogły zostać zastosowane we współczesnej dyskusji. Jest to zresztą propozycja zgodna z głównym celem metody historyczno-prawnej, która prawdziwy sens ma wtedy, gdy wpływa na refleksję o dogmatyce. Ponadto potencjał dla wykorzystania argumentu historycznego w zakresie sięgania do kanonistyki jest istotny i z tego względu, że brak akurat takich odniesień w refleksji anglosaskiej, choć generalnie szerzej korzysta ona z doświadczenia historycznego. Można by więc zastosować argumenty kanonistów i w dyskursie naukowym *common law* dla wzmocnienia postulatów obecnych w nim już aktualnie.

Argumenty kanonistów można łączyć z różnymi teoriami kontraktu, dzięki czemu wzmocnieniu ulega ich wymowa. Można tego dokonywać na poziomie ogólnym, ale jest to też ciekawy punkt widzenia w szczegółowych badaniach nad teoriami umów. Okazuje się bowiem, że wśród wielu najnowszych koncepcji dyskutowanych w ramach teorii kontraktu można znaleźć wątki, które albo bardzo przypominają fragmenty rozważań średniowiecznych kanonistów, albo dają się z nimi owocnie łączyć. Wszystkie te spostrzeżenia pozwalają uznać, że argumentacja kanonistyczna niesie przesłanie uniwersalne, które może być rozpoznane i dzisiaj, a przez to może stać się inspiracją do refleksji na temat *ratio* wiążącej mocy umów.

Ma to o tyle znaczenie, że im większa jest wiedza na temat *ratio* umów, tym lepiej można korzystać z dostępnej argumentacji. Sięgając więc i do historii, i do dyskusji współczesnych, znacznie poszerza się zakres spojrzenia na uzasadnienie wiążącej mocy umów. Dostrzeżenie podobieństw między racjami kanonistycznymi a uzasadnieniem *ratio* wiążącej mocy umowy w teoriach kontraktu może być dodatkowym argumentem na rzecz sięgania do obu z nich jako do inspirującego źródła odpowiedzi na pytania dotyczące umów. Pytania te pojawiają się i dzisiaj w ramach tradycji *civil law*: mając więc na uwadze poczynione obserwacje można zastanowić się nad ich użytecznością dla doktryny prawa skodyfikowanego.

3.4. RATIO WIĄŻĄCEJ MOCY UMOWY A DOKTRYNALNA ZASADA SWOBODY UMÓW W TRADYCJI CIVIL LAW

3.4.1. Uwagi wprowadzające

W ramach zachodniej tradycji prawnej można mówić o wykształceniu się dwóch ogólnych modeli podejścia do kwestii uzasadniania swobody umów, które odmiennie odpowiadają na pytanie o *ratio* umów. Swobodę umów można uzasadniać wychodząc od

ogólnej teorii umów albo szukać jej podstaw w zewnętrznej *ratio*. Wydaje się, że uzasadnianie swobody umów poprzez wykorzystanie ogólnej teorii umów jest charakterystyczne dla prawa skodyfikowanego, zaś drugie podejście charakteryzuje anglosaską refleksję o umowach, co zostało zaprezentowane wyżej. Zewnętrzna *ratio* była także przyczyną uznania zaskarżalności wszystkich umów w średniowiecznej kanonistyce, zaś sytuacja znamionująca prawo skodyfikowane powstała jako rozwinięcie tendencji dogmatyzujących opisanych częściowo w poprzednim rozdziale. Wydaje się przy tym, że korzystanie z ogólnej teorii umów łączy się często z zapominaniem o tym, kiedy i gdzie powstały doktrynalne podstawy swobody umów: spojrzenie historyczne ogranicza się do uwzględnienia czasu powstawania kodeksów i dominującej wówczas filozofii oświeceniowej, która za ich pośrednictwem znacznie przedłużyła zasięg swojego oddziaływania.

W związku z tym najpierw zostanie przedstawiony w zarysie model uzasadniania swobody umów w związku z ogólnymi teoriami umów. Celem ich powstania było stworzenie wyczerpującego instrumentarium dogmatycznego dla rozwiązywania problemów z zakresu prawa umów. W konsekwencji ich powstania i przyjęcia oraz skodyfikowania straciło na znaczeniu pytanie o *ratio* dotrzymywania umowy – wynikała ona z tego, że ogólne pojęcie umowy zakładało jej zaskarżalność czy też skuteczność prawną. W ramach refleksji nad ogólną teorią umów zostanie przedstawiony zarys tego, jak doktrynalne ujęcie swobody umów wpłynęło na kształt jej kodyfikacji we Francji, w Niemczech i w Polsce. Skoro dostępne są argumenty pozadogmatyczne uzasadniające wiążący charakter umów to wypada także wyjaśnić, dlaczego mogą one mieć znaczenie, a więc w jaki sposób doszło do tego, że przez ogólną teorię umów prawnicy stracili szerokie zainteresowanie pytaniem o uzasadnienie ich mocy wiążącej. Dalej zostanie krótko opisane znaczenie poszukiwania odpowiedzi na pytanie o *ratio* wiążącej mocy umowy współcześnie, zwłaszcza w ramach prawa skodyfikowanego, z pewnym akcentem położonym na prawo polskie. W ten sposób przeprowadzone rozważania uzupełnią przedstawione wyżej kwestie związane z anglosaską teorią kontraktu rozwijaną w prawie pozbawionym kodyfikacji oraz potencjałem argumentacji sięgającej do racji wypracowanych przez średniowiecznych kanonistów. Dlatego też ostatni punkt refleksji zostanie poświęcony omówieniu argumentacji kanonistycznej jako uniwersalnej strategii argumentacyjnej, która ma potencjał także dla dyskusji w ramach tradycji *civil law*.

3.4.2. Ogólne teorie umów leżące u podstaw kodyfikacji

3.4.2.1. Ogólna teoria umów a kodyfikacja

W historii prawa prywatnego na kontynencie można dostrzec, że rozwój prawa zobowiązań jest to „systematyzowanie i uogólnianie jego pojęć”, czego pośrednim skutkiem jest „osłabienie w nowożytnych teoriach prawa zobowiązań refleksji o leżących poza dogmatyką przesłankach obowiązków i uprawnień stron”⁸⁰⁴. Obserwacja ta pozostaje aktualna w szczególności w obszarze prawa umów. Wykształcone w XIX w. koncepcje ogólnej teorii umów doprowadziły do uznania wiążącej mocy wszystkich umów, czyli swobody umów, za pewnik przeniesiony z doktryny do nowoczesnych kodeksów, które były wyrazem ówczesnych przemian społeczno-ekonomicznych⁸⁰⁵. Można nazwać to podejście także pozytywistycznym, bowiem opiera się na istnieniu podstawy ustawowej deklarującej wolność kontraktową w oderwaniu od czynników pozaprawnych. Warto przedstawić krótką charakterystykę tak rozumianej ogólnej teorii umów, która przyjęła odmienne formy realizacji w różnych porządkach prawnych. Ogólnie wskazano poniżej na trzy przykłady, tj. kodyfikację francuską, niemiecką i polską⁸⁰⁶. Kamieniami milowymi nowoczesnego prawa prywatnego były niewątpliwie kodeksy cywilne Francji i Niemiec, wobec czego można je uznać za adekwatne punkty odniesienia. Wybór dwóch pierwszych przykładów uzasadnić można zatem ich niekwestionowanym zasięgiem oddziaływania, natomiast trzeci stanowi przykład próby syntezy dorobku poprzednich oraz był źródłem dla refleksji na temat uzasadniania swobody umów, która stała u początków koncepcji tej pracy. Szkic poświęcony ogólnej teorii umów zostanie oparty raczej na opracowaniach ogólnych niż na źródłach, zatem i prezentowane wnioski można uznać za ogólną próbę syntezy w świetle dotychczasowego dorobku nauki. Celem poniższych rozważań nie było także przedstawienie historii powstania kodyfikacji, a jedynie nakreślenie relacji między skodyfikowaniem ogólnej teorii umów a uzasadnieniem wiążącej mocy umów.

Kluczowe znaczenie dla ukształtowania ogólnego pojęcia umowy miała szkoła prawa natury: jej dorobek stał się podstawą skodyfikowanej ogólnej teorii umów⁸⁰⁷. Ewolucja poglądów reprezentatywnych jusnaturalistów przedstawiona wyżej dała wgląd w to, w jaki sposób postępowało kształtowanie tego ogólnego podejścia i jego stopniowe oddalenie od takiego rozumienia prawa natury, jakie charakteryzowało piśmiennictwo choćby Grocjusza⁸⁰⁸. Wzrost znaczenia metody demonstratywnej opartej na aksjomatach doprowadził

⁸⁰⁴ Dajczak w Dajczak/Giario/Longchamps de Bériet (2018) 464.

⁸⁰⁵ Sójka-Zielińska (1973) 7.

⁸⁰⁶ Nie będzie przedmiotem badań także szersze spojrzenie na znaczenie ruchu kodyfikacyjnego; zob. np. Górnicki (2012).

⁸⁰⁷ Zob. Sójka-Zielińska (1973) 10-14.

⁸⁰⁸ Zob. wyżej, 2.6.

do wykształcenia teorii umów opartej na dogmatyce. Dla stworzenia ogólnej teorii umów istotny okazał się jeszcze jeden czynnik, mianowicie dorobek filozofii oświeceniowej, w szczególności zaś pisma Immanela Kanta. Otóż dla Kanta kluczową kategorią dla prawa umów była wolność: według niego autonomia woli stanowiła najwyższą zasadę wolności, co oznaczało, że wola sama stanowiła dla siebie prawo a w istocie każda istota rozumna miała charakter prawodawczy, czyli była zdolna stanowić dla siebie samej prawo⁸⁰⁹. Kant pisał: „Autonomia woli jest właściwością woli, dzięki której ona sama sobie jest prawem (...). Zasada autonomii brzmi więc następująco: nie należy wybierać inaczej, jak tylko tak, żeby maksymy własnego wyboru były zarazem w tej samej woli zawarte jako prawo ogólne”⁸¹⁰. W świetle tak postrzeganej autonomii woli jasne było, że strony miały pełną wolność kształtowania swoich stosunków za pomocą umowy (jakkolwiek przyznanej im wolności towarzyszyły także stosowne obowiązki) – Kant dokonał „absolutyzacji zasady dotrzymania umów i przyrzeczeń”⁸¹¹. Ten filozoficzny liberalizm podzielało wielu autorów, w szczególności bliski był on wielu Francuzom, z Jean-Jacques’em Rousseau na czele: dla niego także „wola jednostki, jej niezawisłość i odrębność od woli powszechnej” były podstawą szeroko rozumianej swobody w zakresie zawierania umów, choć doznawała ona ograniczeń ze względu na pierwszeństwo umowy społecznej, która przyznawała władzę stanowienia prawa najpierw ustawodawcy⁸¹². Utrwaleniu wolnościowego postrzegania problematyki umownej sprzyjały także zdobycze rewolucji francuskiej, na której sztandarach była właśnie między innymi *liberté*⁸¹³.

Połączenie tych dwóch czynników, a więc dorobku szkoły prawa natury i filozofii liberalnej, dało podstawę do wykształcenia cywilistycznej teorii autonomii woli, która głosiła, że „sama wola indywidualna odgrywa rolę kształtującą w zakresie stosunków prawnych, ponieważ w jej naturze tkwi odpowiednia moc kreacyjna”⁸¹⁴. Wynikało z tej teorii przede wszystkim to, że prawo stanowione miało charakter wtórny wobec autonomii woli jednostki: to z niej wynikały uprawnienia, które państwo za pomocą ustaw miało tylko chronić. Teoria ta głosiła także wolność kontraktową rozumianą szeroko: co do swobody decyzji o zawarciu umowy i treści umowy, przy założeniu, że dla ustalenia jej skutków prawnych znaczenie miała rzeczywista wola stron. Granice tak rozumianej wolności wyznaczała w szczególności

⁸⁰⁹ Sośniak (1986) 94-97.

⁸¹⁰ Kant (2009) 57.

⁸¹¹ Lang (1989) 177.

⁸¹² Sośniak (1986) 98-99.

⁸¹³ Zob. szerzej Sójka-Zielińska (2008) 31-52.

⁸¹⁴ Radwański (1977) 10. Zob. Stelmachowski (1984) 105-108; Lang (1989) 168-170.

wolność innych osób, co było realizacją idei równości między ludźmi⁸¹⁵. Przyjęcie teorii autonomii woli otworzyło możliwość skodyfikowania ogólnej teorii umów, co w połączeniu z aksjomatem nakazującym przestrzeganie umów prowadziło do uznania swobody umów.

3.4.2.2. Ujęcie doktrynalnej zasady swobody umów w *Code civil*

Pierwszym porządkiem prawnym, w którym tak rozumiana autonomia woli znalazła swoje odbicie w postaci ogólnej teorii umów stało się o skodyfikowane cywilne prawo francuskie⁸¹⁶. Dziedzictwo szkoły prawa natury zostało przekazane we Francji przez Domata i przez Pothiera⁸¹⁷, od których „prawie wszystkie postanowienia o umowach zostały zaczerpnięte niemal dosłownie”⁸¹⁸, zaś autonomia woli była doktrynalną realizacją postulatów wolnościowych rewolucji francuskiej⁸¹⁹. Nawet zresztą w materiałach prac kodyfikacyjnych dotyczących tytułu poświęconego kontraktom można znaleźć jasne wskazanie, że przepisy poświęcone kontraktom zostały oparte na zasadach zaczerpniętych z prawa natury⁸²⁰.

Francuski kodeks cywilny wszedł w życie 21 marca 1804 r. i połączył oba te elementy. Kontrakt został w *Code civil* zdefiniowany jako rodzaj porozumienia, przez które jedna lub wiele osób zobowiązuje się wobec jednej lub wielu innych coś dać, czynić lub nie czynić (w obecnym brzmieniu jest to natomiast zgoda wól dwóch lub więcej osób skierowana na stworzenie, zmianę, przeniesienie lub umorzenie zobowiązania)⁸²¹. Kontrakt według CC jest umową, którą charakteryzuje to, że stanowi ona źródło zobowiązań⁸²², zaś każda umowa powinna mieć stosowną przyczynę, co jest szeroką kwestią doktrynalną w cywilistyce francuskiej⁸²³. Francuski kodeks cywilny stanowi, że porozumienia (w tym kontrakty) zawarte zgodnie z prawem dla stron stają się jak ustawa – to z tej regulacji przede wszystkim wynika zobowiązująca moc umów⁸²⁴. Tytułem przykładu warto dodać, że sformułowanie to

⁸¹⁵ Radwański (1977) 10-11.

⁸¹⁶ Szerzej o historii powstania CC zob. Sójka-Zielińska (1973) 85-150; Sójka-Zielińska (2008) 36-88. W zakresie kształtowania się kodeksowej regulacji swobody umów zob. zwłaszcza Fenet (1836) 13.229, 312-313, 319-320, 413-416.

⁸¹⁷ Nanz (1985) 186; Sośniak (1986) 91; Wieacker (2003) 270; Foirers (2007) 27.

⁸¹⁸ Gordley (1991) 164. Zob. Kaczmarczyk/Wojciechowski (2012) 27-33.

⁸¹⁹ Sójka-Zielińska (1973) 121-122; Foirers (2007) 26-27. Zob. też Bärmann (1961) 19-21.

⁸²⁰ Fenet (1836) 13.414.

⁸²¹ Art. 1101 CC w brzmieniu oryginalnym: „Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”. W brzmieniu obecnym: art. 1101 CC: „Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations”. Zob. Jossierand (1939) 9.

⁸²² Planiol (1928) 2.1.

⁸²³ Zob. np. Capitant (1923); Planiol (1928) 2.38-49. W swoim klasycznym studium Capitant uwzględnił także rolę kanonistyki w zakresie doktryny o *causa* – Capitant (1923) 133-137.

⁸²⁴ Art. 1134 CC w brzmieniu oryginalnym: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”. W brzmieniu obecnym: art. 1103 CC: „Les contrats légalement formés tiennent lieu de

było inspirowane tekstem Domata, który z kolei korzystał z zasady z *Regulae iuris* Bonifacego VIII opartej na *Digestach*⁸²⁵. Takie sformułowanie było „najpełniejszym wyrazem wolności ustalania treści, jak i formy zawieranych umów”: dopiero później zostało ono połączone z koncepcją autonomii woli stron⁸²⁶. Sformułowanie zestawiające umowę z ustawą było mocnym wyrazem tego, że ustawodawca przyznał umowie znaczną moc zobowiązującą⁸²⁷. Swoboda umów w CC była „bardzo bliska ideału” w tym sensie, że była w tym kodeksie realizowana w „czystym wydaniu”⁸²⁸. Obecnie po reformie z 2016 r. francuski kodeks cywilny *expressis verbis* zdefiniował swobodę umów, przyznając stronom swobodę co do zawierania umowy, co do wyboru kontrahenta, co do określenia treści i formy kontraktu w granicach wyznaczonych prawem⁸²⁹. Choć od początku zasada wolności kontraktowej doznawała ograniczeń, tj. za nieważną uznawano umowę, która była wprost „sprzeczna z przepisem ustawy” lub jej *causa* była „przeciwna porządkowi publicznemu lub dobrym obyczajom”⁸³⁰, to zakres przyznanej stronom swobody był bardzo szeroki; w dużym zakresie z czasem była ona ograniczana przez judykaturę z uwagi na względy społeczne⁸³¹.

Swoboda kontraktowania szeroko uznana w *Code civil* i we francuskiej doktrynie w XIX w. doznała w minionym stuleciu szerokiej krytyki zarówno od strony filozoficznej, jak i normatywnej, jednak do dziś uznawana jest za dorobek francuskiego prawa prywatnego, czego wyrazem była także jej deklaracja w nowym art. 1102 CC⁸³². Nie bez znaczenia było oczywiście w ramach dyskusji francuskiej sięganie do historycznego rozwoju prawa umów, ale zdaniem Roussiera sięganie w tym kontekście do kanonistyki miało charakter raczej instrumentalny⁸³³. Podsumowując te bardzo ogólne uwagi, można uznać, że w prawie francuskim swoboda umów, która zakłada skuteczność wszystkich zawartych zgodnie z

loi à ceux qui les ont faits”. Zob. Jossierand (1939) 142-144; Sośniak (1985) 9-10; Ancel (1999); Całus (2010) 22-25. Jak widać przepis ten zmienił numer po reformie z 2016 r., co samo w sobie ma znaczenie, gdyż można było spodziewać się, że tak istotny fragment CC, „traktowany jako część dziedzictwa kulturowego kodeksu” nie zmieni swojego miejsca – zob. Vogenauer (2009) 11.

⁸²⁵ Gordley (1991) 217-218. Zob. VI 5.13.85; Dig. 50.17.23.

⁸²⁶ Sójka-Zielińska (2008) 115, 181-183.

⁸²⁷ Planiol (1928) 2.87. Zestawienie podobieństw i różnic między kontraktem a ustawą zob. np. Jossierand (1939) 143-144.

⁸²⁸ Stelmachowski (1984) 119-120.

⁸²⁹ Art. 1102 CC w brzmieniu obecnym: „Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public”.

⁸³⁰ Lewy (1924) 4-5; Derek (2015) 172-173. Związłą prezentację różnych ograniczeń swobody umów w prawie francuskim można znaleźć np. w Foriers (2007) 39-57.

⁸³¹ Sójka-Zielińska (2008) 115.

⁸³² Zob. np. Roussier (1933) 4; Radwański (1977) 12; Sośniak (1986) 91. Zob. szeroko na ten temat np. Coumaros (1931).

⁸³³ Roussier (1933) 5.

prawem umów, opiera się na *Code civil* w tym sensie, że kodeks ten wyraża tylko to, co wynika z autonomii woli i szeroko rozumianej wolności, która jest „duszą kontraktów”⁸³⁴, zaś pozakodeksowa *ratio* umów nie ma wpływu na kształt swobody umów. We francuskiej doktrynie „uważa się swobodę umów za jedną z konsekwencji zastosowania teorii autonomii woli do reżimu prawnego umów”⁸³⁵. Wyrazem wielkiego znaczenia autonomii woli może być cytata z dzieła Marcela Planiola: „W umowach zobowiązanie wytwarza wola stron; wola stron jest w zobowiązaniach siłą twórczą i określa jednocześnie ich przedmiot i rozciągłość; ustawodawca ogranicza swoją interwencję bądź do sankcjonowania działalności stron przez udzielanie im skargi, bądź do czuwania nad tą działalnością przez zakreślenie za pomocą zakazów i nieważności, granic ich ważności”⁸³⁶. Wydaje się, że te słowa dobrze oddają francuskie podejście do skodyfikowanej swobody umów.

3.4.2.3. Ujęcie doktrynalnej zasady swobody umów w *Bürgerliches Gesetzbuch*

Odmienne ukształtowane zostały podstawy ogólnej teorii umów w kodyfikacji niemieckiej⁸³⁷. Źródłem tej odmienności należy szukać przede wszystkim w odrzuceniu wielu elementów charakterystycznych dla szkoły prawa natury. Różne względy sprawiły, że w niemieckim prawoznawstwie doszło do zakwestionowania dorobku szkoły prawa natury, zwłaszcza krytyka oświeceniowego prawodawstwa opartego na *ius naturae*, ahistoryczność tej doktryny, rozwój kultury narodowej, czy wreszcie filozoficzna krytyka jusnaturalizmu przedstawiona przez Kanta⁸³⁸. Inaczej więc niż w przypadku Francji, gdzie myśl oświeceniowa razem z koncepcjami jusnaturalistów stały się podstawą dla kodyfikacji prawa prywatnego, w Niemczech liberalizm Kanta doprowadził do zakwestionowania podejścia prawnonaturalnego i wykształcenia nurtu zwanego szkołą historyczną. U jej podstaw leżało uznanie historyczności prawa, tzn. tego, że zawsze powstawało i powstaje ono w określonych warunkach, które wpływają na jego kształt. Oznaczało to odwrót od podejścia prawnonaturalnego, które zakładało ponadczasowość zgłaszanych postulatów, w stronę uznania wartości sięgania do doświadczenia historycznego oraz znaczenia historii narodu dla kształtu prawa⁸³⁹. Jednocześnie szkoła historyczna zapożyczyła wiele elementów od poprzedniczki, zwłaszcza w zakresie metody demonstratywnej, ale także co do wielu

⁸³⁴ Ginossar (1963) 5. Szerzej o klasycznej koncepcji francuskiej zob. np. Coumaros (1931) 38-58.

⁸³⁵ Całus (2010) 24.

⁸³⁶ Planiol (1928) 1.327 (pisownia oryginalna).

⁸³⁷ Szerzej o historii tej kodyfikacji zob. np. Sójka-Zielińska (1973) 159-215.

⁸³⁸ Wieacker (2003) 279-282.

⁸³⁹ Wieacker (2003) 293-286.

koncepcji szczegółowych oraz co do przekonania o etycznym uwikłaniu systemu prawa, choć było ono postrzegane w duchu Kantowskim⁸⁴⁰. Ponadto, szkoła historyczna szeroko korzystała z dorobku *usus modernus* poprzez wykorzystanie tego, co dotyczyło historii prawa dla formułowania nowych postulatów.

Kluczowy autor szkoły historycznej, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), twierdził, że „prawotwórstwo musi polegać na dopasowywaniu do nowych potrzeb materiału normatywnego zaczerpniętego z przeszłości”⁸⁴¹. Savigny uznawał zasadność podejścia liberalnej filozofii, ale dla niego prawo dopiero w drodze stanowienia przez państwo uzyskiwało „doskonałość i realny byt”⁸⁴², inaczej niż cechowało to myślenie charakteryzujące autorów *Code civil*. Traktował on naturę ludzką czy indywidualną wolę człowieka jako zjawiska stojące poza prawem – mogły one stać u podstaw rozwiązań prawnych, ale same z siebie nie przesądzały o kształcie prawa pozytywnego⁸⁴³. Obok tego przekonania Savigny spopularyzował także pojęcia zdarzenia prawnego i czynności prawnej, zaś umowa była przez niego postrzegana jako jeden z przykładów czynności prawnej⁸⁴⁴. Dla Savigny’ego w jego *System des heutigen römischen Rechts*, który był syntezą podejścia systematycznego i historycznego⁸⁴⁵, umową było porozumienie wielu co do zgodnego oświadczenia woli, które określało ich stosunek prawny⁸⁴⁶. Oparcie prawa umów na ogólnej definicji umowy, która z kolei została zbudowana na pojęciu *Willenserklärung* oznaczało, że każde porozumienie, które było oświadczeniem woli odpowiadającym sformułowanym w definicji kryteriom, uzyskiwało moc wiążącą. W związku z tym straciło znaczenie pytanie o filozoficzne uzasadnienie swobody umów, z wyjątkiem tego, co dotyczyło wykładu znaczenia autonomii woli w ujęciu Kanta, choć nawet wykazanie rzeczywistego wpływu Kanta na myśl Savigny’ego ze względu na brak źródeł może być utrudnione⁸⁴⁷.

Kolejnym krokiem prowadzącym do kodyfikacji prawa niemieckiego była pandektystyka, której wiodące prace systemowe stały się „funkcjonalnym surogatem

⁸⁴⁰ Wieacker (2003) 295-299.

⁸⁴¹ Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bérier (2018) 117.

⁸⁴² Radwański (1977) 16. Savigny (1840) § 57, 1.380-381: „Allein alles Recht überhaupt erhält seine Realität und Vollendung erst im Staate, als positives Recht dieses Staates, und so konnte auch das Eigenthum zu einem wirklichen Daseyn nur dadurch gelangen, das es zunächst auf den Staat und vermittelst der im positiven Recht des Staates ausgebildeten Regeln auf die einzelnen Rechtsgenossen im Staate, als Eigenthümer, bezogen wurde”.

⁸⁴³ Radwański (1977) 16.

⁸⁴⁴ Savigny (1840) § 52-53, 1.331-345; Savigny (1853) § 52, 7-16; Radwański (1977) 16-17; Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bérier (2018) 128.

⁸⁴⁵ Wieacker (2003) 314-316.

⁸⁴⁶ Savigny (1840) § 140, 3.309: „Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werde“.

⁸⁴⁷ Zob. poszukiwania analogiczne w zakresie prawa rzeczowego – Dajczak (2007) 159-161.

kodyfikacji”⁸⁴⁸. Powstała ona w odpowiedzi na stanowisko szkoły historycznej (zwłaszcza Savigny’ego i jego *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*), która uznała, że kodyfikacja będzie wskazana dopiero po odpowiednim opracowaniu materiału historycznego⁸⁴⁹. Do tego szkoła ta negatywnie oceniała kodyfikacje będące pod wpływem jusnaturalizmu, czyli *Landrecht Pruski*, *Code civil* i austriacki kodeks cywilny⁸⁵⁰. Pandektystyka była połączeniem *usus modernus* co do treści i szkoły prawa natury co do metody, które dało początek pozytywizmowi prawniczemu w znaczeniu prawoznawstwa, które „zasady prawa i sposób ich stosowania wywodzi wyłącznie z systemu, pojęć i zasad doktrynalnych”, a odrzuca wartość innych źródeł – religijnych, społecznych, filozoficznych – dla tworzenia prawa⁸⁵¹. Tłumaczy to także i tę okoliczność, że przejście od szkoły historycznej modelu opisywania prawa w związku z *Corpus Iuris Civilis* nie oznaczało uznania filozoficznych motywacji jej przedstawicieli⁸⁵² – relacja między Kantowską koncepcją autonomii woli a swobodą umów wynikającą z ogólnej teorii umów pandektystyki uległa zatarciu⁸⁵³. Pandektystyka przejęła i rozwinęła teorię oświadczenia woli oraz czynności prawnej⁸⁵⁴, co w połączeniu z odrzuceniem roli prawa naturalnego (jako obiektywnego źródła norm)⁸⁵⁵ i oddaleniem od myśli Kanta skutkowało zmarginalizowaniem roli moralności w prawie prywatnym. Przykładowo, dla Bernharda Windscheida (1817-1892)⁸⁵⁶, czołowego przedstawiciela pandektystyki, umowa zobowiązaniowa była w uproszczeniu uzgodnieniem dwóch oświadczeń woli: oświadczenie jednej strony zmierzało do zobowiązania się do świadczenia, zaś drugiej opierało się na przyjęciu oświadczenia pierwszej strony, co prowadziło do powstania stosownego roszczenia⁸⁵⁷. W ten sposób powstawało prawo podmiotowe, które stanowiło podstawę dla uznania obowiązku wykonania umowy.

⁸⁴⁸ Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bériér (2018) 117. Szerzej o genezie i znaczeniu „pandektystyki” zob. np. Wojciechowski (2004a).

⁸⁴⁹ Stanowisko szkoły historycznej względem kodyfikacji można nazwać „ambiwalentnym” – Zimmermann (2010) 10-11.

⁸⁵⁰ Sójka-Zielińska (1973) 161-162; Wieacker (2003) 309-314; Giaro w Dajczak/Giaro/Longchamps de Bériér (2018) 117. Szerzej o ogólnej teorii umów w kodyfikacjach prawa natury zob. np. Nanz (1985) 170-196.

⁸⁵¹ Wieacker (2003) 341-342. Zob. Sójka-Zielińska (1973) 163-165.

⁸⁵² Wieacker (2003) 341-342.

⁸⁵³ Radwański (1977) 17.

⁸⁵⁴ Zob. np. Windscheid (1887) 1.176-192.

⁸⁵⁵ Wojciechowski (2009) 607-608.

⁸⁵⁶ Wojciechowski (2009).

⁸⁵⁷ Windscheid (1887) 2.175-177: „Der obligatorische Vertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen Vertragschließenden ist darauf gerichtet, daß er zu einer Leistung verpflichtet sein wolle, die des andern Vertragschließenden darauf, daß er diesen Verpflichtungswillen ergreife, sich aneigene – ohne Bild ausgedrückt: daß für ihn auf die Leistung, zu welcher der andere Theil verpflichtet sein zu wollen erklärt, ein Forderungsrecht entstanden sein solle”.

Owoce pandektystycznej teorii prawa prywatnego w formie wykładu Pandektów był w przemożnym stopniu niemiecki kodeks prawa cywilnego (*Bürgerliches Gesetzbuch*), który został uchwalony 18 sierpnia 1896 r., a wszedł w życie 1 stycznia 1900 r. W świetle BGB umowa to zgodne oświadczenie woli stron, w doktrynie przyjmuje się, że wynika z tej ogólnej definicji swoboda umów, choć nie została ona wprost wyrażona w kodeksie⁸⁵⁸. Jej granice wynikają z określonych w ustawie przesłanek nieważności czynności prawnych, którymi są sprzeczność z prawem lub z dobrymi obyczajami, co stanowi inne ujęcie przyznanej swobody niż w kodeksie cywilnym francuskim⁸⁵⁹. Wydaje się, że BGB bardziej ograniczał kluczową zasadę autonomii woli stron⁸⁶⁰. Niemiecka ogólna teoria umów ukształtowana przez następujące po sobie nurty jurysprudencji szkoły prawa natury, *usus modernus*, szkoły historycznej i pandektystyki, zakłada zatem swobodę umów w oparciu o uznanie autonomii woli rozumianej jako przyznana jednostce przez prawo kompetencja dokonywania czynności ze skutkami prawnymi. Choć rzeczona autonomia sięga swymi korzeniami do filozoficznych koncepcji Kanta, to wydaje się, że dla uzasadnienia swobody umów nie jest potrzebne sięganie do historii lub źródeł pozakodeksowych⁸⁶¹.

Zarówno zatem CC jak i BGB uznawały swobodę umów, co naturalnie wynikało z przyjętej ogólnej teorii umów. W obu przypadkach kształt tej swobody wynikał z historycznego rozwoju jurysprudencji oraz z oddziaływania filozofii, choć pogląd ten został przekonująco zakwestionowany przez Jamesa Gordley'a⁸⁶². Według niego *Code civil* ani nie zawierał w sobie teorii autonomii woli, ani nie został oparty na założeniach liberalnych, a dopiero jego interpretatorzy w ten sposób wyjaśniali postanowienia kodeksowe, które faktycznie oparte zostały na tradycyjnych poglądach utrwalonych przez Domata i Pothiera. W rzeczywistości XIX-wieczni prawnicy tekst kodeksu starali się interpretować egzegetycznie i nawet oni nie łączyli go z filozoficzną koncepcją autonomii woli. Gordley uznał także, że i Savigny, choć zaczerpnął pewne pomysły od Kanta czy Hegla, następnie zastosował je w

⁸⁵⁸ Sójka-Zielińska (1973) 183-184; Wieacker (2003) 381-382; Machnikowski (2005) 14-15; Trzaskowski (2005) 110. Wyraża ją natomiast obecnie art. 2 niemieckiej konstytucji – zob. np. Calus (2010) 30. Zob. także Huber (1966).

⁸⁵⁹ § 134 BGB: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt”. § 138 (1) BGB: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig”. Zob. Lewy (1924) 5-6. Na temat kształtowania się tych przepisów w pracach kodyfikacyjnych zob. Mugdan (1899) 468-469, 724-725. Ogólnie o czynnościach prawnych w prawie niemieckim zob. np. Bydlinski (1967). Szerzej o granicach swobody umów w prawie francuskim i w prawie niemieckim zob. Trzaskowski (2005) 110-127; 142-152.

⁸⁶⁰ Sójka-Zielińska (1973) 183.

⁸⁶¹ Nie oznacza to, że nie ma w doktrynie przykładów takiego podejścia; zob. np. Behrends (1981). Na temat BGB i jego oddziaływania z szerokiej perspektywy zob. np. Zimmermann (2010) 5-38.

⁸⁶² Gordley (1991) 217-225.

swoich rozważaniach w oderwaniu od refleksji filozoficznej, jasno uznając, że taka refleksja nie pozostawała w obszarze zainteresowania prawoznawstwa⁸⁶³. Wydaje się, że ustalenie stopnia, w jakim filozofia oświeceniowa faktycznie wpłynęła na kształt kodyfikacji francuskiej i niemieckiej oraz na ich interpretację – która miała tak samo, o ile nie bardziej, istotną rolę w ich recepcji i oddziaływaniu – wymagałoby szczegółowych badań zarówno pism prawników, zwłaszcza zaangażowanych w prace kodyfikacyjne, jak i pogłębionej analizy pism filozoficznych, co leży jednak poza zakresem tej pracy. Zwłaszcza, że nie jest pewne, czy w ogóle są źródła, które pozwoliłyby precyzyjnie wskazać, jakie były faktyczne związki niemieckiej dogmatyki XIX-wiecznej z filozofią. Można natomiast z dużą dozą prawdopodobieństwa uznać, że swoboda umów wynikająca z ogólnej teorii umów w kodeksach z 1804 i z 1896 r. faktycznie nie była zależna od racji filozoficznych: nawet jeżeli odegrały one rolę w drodze do kodyfikacji, to w samych kodeksach i w ich interpretacji dla uzasadnienia swobody umów wystarczające stały się dogmatyczne analizy przepisów prawa.

Code civil i *Bürgerliches Gesetzbuch* wpływały w mniejszym lub większym stopniu na inne kodyfikacje europejskie, które przejmowały zręby ogólnej teorii umów i w jej ramach formułowały podstawy dla swobody umów⁸⁶⁴. Nie oznacza to oczywiście, że brak i dzisiaj w ramach modelu prawa skodyfikowanego refleksji nad uzasadnieniem swobody umów. Choć „zasada dotrzymania przyrzeczeń i umów” jest podstawową zasadą prawa prywatnego i „chronologicznie wyprzedza powstanie zasady wolności umów”, to jednak współcześnie w obliczu jej relatywizacji trwa dyskusja na temat jej uzasadnienia⁸⁶⁵. Zwłaszcza kwestia granic tejże swobody, ściśle związana z jej definiowaniem, wymaga niekiedy poszukiwań wykraczających poza samo prawo, ale z uwagi na kształt regulacji kodeksowej i jej dogmatyczną wykładnię zadawanie takiego pytanie nie jest konieczne: sam przepis wystarcza by uzasadnić istnienie swobody umów. Rozwinęły się w XX w. koncepcje proponujące inne uzasadnienie swobody umów w ramach jurysprudencki socjologicznej (subiektywnej czy obiektywnej), psychologicznej, fenomenologicznej czy powracającej interpretacji prawnonaturalnej⁸⁶⁶, jednak wydaje się, że nie miały i nie mają one decydującego wpływu na dominującą interpretację wiążącej mocy umów. Także w najnowszych poszukiwaniach doktrynalnych podejmuje się próby szukania racjonalności w prawie poza dogmatyką, czego

⁸⁶³ Gordley (1991) 225-227.

⁸⁶⁴ Krótki przegląd kodyfikacji w zakresie swobody umów – zob. np. Lewy (1924) 6-8; Scherrer (1948) 31-50; Machnikowski (2005) 14-16; Trzaskowski (2005) 41-43; 110-153.

⁸⁶⁵ Lang (1989) 176-180. Autor przed trzydziestoma laty wskazał, że dyskusja ta trwa między dwoma stanowiskami: ściśle deontologicznym (Kantowskim) oraz uutilitarystycznym.

⁸⁶⁶ Radwański (1977) 19-28; Sośniak (1985) 18-27.

przykładem jest np. poszukiwanie uzasadnienia dla kontraktów poprzez adaptację filozofii języka do opisu zdarzeń prawnych w ten sposób, że umowy uznaje się za przejaw stosowania reguł zakorzenionych w praktyce społecznej⁸⁶⁷.

3.4.2.4. Ujęcie doktrynalnej zasady swobody umów w polskich kodyfikacjach prawa zobowiązań

Przykładem tego, w jaki sposób ogólna teoria umów i kodyfikacja pozbawiają kwestię uzasadnienia wiążącej mocy wszystkich umów znaczenia dla doktryny cywilistycznej może być kazus Polski. Kwestia umiejscowienia Polski w ramach zachodniej tradycji prawnej w zakresie przypisania prawa polskiego do określonej „rodziny prawnej” w *civil law* może budzić wątpliwości⁸⁶⁸. Z drugiej strony hybrydowość polskiego doświadczenia prawnego jest dodatkowym argumentem by uwzględnić je krótko w tej pracy. Wydaje się, że w zakresie prawa zobowiązań przynajmniej w XX w. ogólne przyporządkowanie do zachodniej tradycji prawnej jest trafne z uwagi na oddziaływanie prawa obcego na prawo polskie. Można zwięźle scharakteryzować specyfikę polskiego podejścia do tego zagadnienia na wybranych trzech przykładach, którymi są: dyskusja na temat kształtu swobody umów w II RP, kwestia obowiązywania art. 55 KZ po ogłoszeniu przepisów ogólnych prawa cywilnego oraz współczesne postrzeganie swobody umów po dodaniu do kodeksu cywilnego art. 353¹ w tzw. noweli lipcowej. Taki dobór przykładów można uzasadnić przykładowo wskazując na to, że każdorazowo były one odpowiedzią na „problem obowiązywania «starego prawa»” – w zakresie ustawodawstwa po zaborach, na początku Polski Ludowej oraz po przekształceniach ustrojowych⁸⁶⁹. Patrząc zaś na dyskusję nad swobodą umów w stuletniej historii Polski można także zauważyć, że koncentrowała się ona wokół stosownych przepisów, które deklarowały jej obecność w prawie. W związku z tym wydaje się uzasadnione, by spojrzeć właśnie na dyskusję wokół tych kluczowych przepisów (tj. art. 55 KZ i art. 353¹ KC), skoro one skupiały i skupiają uwagę doktryny cywilistycznej.

W toku prac kodyfikacyjnych polscy prawnicy międzywojnia szukali optymalnego rozwiązania dla uregulowania kwestii swobody umów sięgając do doświadczenia innych państw, w szczególności patrząc na kształt regulacji kodeksowych we Francji, w Niemczech i w Szwajcarii⁸⁷⁰. Sytuacja taka niewątpliwie sprzyjała także refleksji ogólnej na temat

⁸⁶⁷ Zob. np. Garofalo (2018).

⁸⁶⁸ Zweigert/Kötz (1998) 154-155.

⁸⁶⁹ Stawarska-Rippel (2004) 698.

⁸⁷⁰ Zob. np. Dajczak (2014).

znaczenia swobody umów i *ratio* umów w ogólności. W toku prac przygotowawczych opracowano szereg różnych propozycji, które prezentowały także odmienne podejścia do kwestii uregulowania swobody umów⁸⁷¹. Z tych różnych propozycji ścierały się zwłaszcza dwie, prezentujące indywidualistyczne albo społeczne podejście do prawa zobowiązań: to pierwsze kładło nacisk na umowę jako wyraz woli stron, zaś to drugie w umowie widziało przede wszystkim instrument kształtowania relacji społecznych⁸⁷². Dla potrzeb wyjaśnienia roli *ratio* umów w dyskusji towarzyszącej kodyfikacji nie ma potrzeby szerzej opisywać prac kodyfikacyjnych, a jedynie wystarczy nakreślić ogólną charakterystykę obu koncepcji.

Autorami wiodącego projektu, który przejawiał tendencje indywidualistyczne, byli Ernest Till (pracował nad nim do śmierci w 1926 r.) oraz Roman Longchamps de Bériet: ich propozycja oparta była w szczególności na prawie szwajcarskim, a założenia jakie jej przyświecały to stworzenie takiego prawa umów, które uznając wartość woli stron nie straciłoby z uwagi interesu ogółu⁸⁷³. Swój wyraz znalazło to podejście w kształcie proponowanego przepisu, głoszącego, że „strony zawierające umowę mogą stosunek swój ułożyć swobodnie, o ile to nie sprzeciwia się zakazowi ustawy albo dobrym obyczajom”⁸⁷⁴, w połączeniu z przyznaniem sędziemu kompetencji do ingerencji w stosunek między stronami⁸⁷⁵. W uzasadnieniu tego wczesnego projektu padło bardzo ciekawe sformułowanie: „Proj. wychodzi z założenia, że wewnętrzną przyczyną mocy obowiązującej umowy obligacyjnej jako interesu obrotowego jest wywołane oświadczeniem woli zaufanie drugiej strony, które w interesie bezpieczeństwa obrotu zawiedzione być nie powinno”⁸⁷⁶. To krótkie zdanie (po nim następowały wyjaśnienia bardziej techniczne co do roli oświadczenia woli) jasno wyrażało *ratio* umowy: w powiązaniu z uznaniem umowy za środek realizacji obrotu jej *ratio* spoczywała we wzbudzonym w kontrahencie zaufaniu, co bardzo przypomina anglosaską teorię zaufania (oczywiście znacznie późniejszą). Do tego z tymże zaufaniem łączyło się bezpieczeństwo obrotu, które można uznać za nadrzędny cel zachowywania umów. Widać więc w tym podejściu podkreślenie gospodarczego znaczenia kontraktów, ale niewątpliwie była to odpowiedź na pytanie o wiążącą moc umów. Wydaje się, jednak, że

⁸⁷¹ Szersze omówienie tego zagadnienia zob. zwłaszcza Górnicki (2000) 397-462; Płaza (2001) 157-160; Derek (2015); Kaczorowska (2015) 83-88. Na temat dyskusji wokół kształtowania granic swobody umów zob. Trzaskowski (2005) 161-165.

⁸⁷² Górnicki (2000) 411-412.

⁸⁷³ Longchamps de Bériet (1930) 353-354.

⁸⁷⁴ Till (1923) 4.

⁸⁷⁵ Derek (2015) 179-182. Co do roli orzecznictwa w kontekście sporów o kształt swobody umów zob. np. Ohanowicz (1926) CLVIII; Fierich (1928) 267.

⁸⁷⁶ Till (1923) 53.

ratio umów nie przyciągała szerszej uwagi doktryny, gdyż przykładowo w artykule Romana Longchamps de Bériera, głównego autora projektu KZ, poświęconym *stricte* tematyce wolności umów brakło tego typu wyjaśnienia⁸⁷⁷. Takiej refleksji nie było także w uzasadnieniu kodeksu zobowiązań jego autorstwa, w którym wspomniał on wyłącznie, że art. 55 KZ deklarujący swobodę umów „jest tylko wiernym odbiciem dotychczas obowiązującego prawa w całym Państwie zaś główne znaczenie tego artykułu polega na stanowczym wypowiedzeniu zasady wolności umów”⁸⁷⁸.

Zwolennikiem odmiennego podejścia do prawa prywatnego, a w szczególności do zobowiązań, był zwłaszcza Ignacy Koschembahr-Łyskowski. Według niego nowe prawo cywilne musiało opierać się „na obecnych faktycznych stosunkach”⁸⁷⁹ a ponadto winno urzeczywistniać „sprawiedliwość społeczną i gospodarczą”⁸⁸⁰. Bardzo wiele miejsca poświęcił on uzasadnieniu ograniczeń swobody umów z uwzględnieniem doświadczenia historycznego (zwłaszcza prawa rzymskiego) i praw obcych⁸⁸¹. W propozycji dotyczącej swobody umów Ignacego Koschembahra-Łyskowskiego widoczna była chęć uwzględnienia społecznej roli umów. Przejawiało się to m.in. w określeniu granic swobody umów (nieważność umów naruszających dobre obyczaje, zasady podstawowego ustroju prawnego prywatnego lub publicznego); w założeniu by przepis ustawy stanowił ochronę przeciw niesprawiedliwości; w uznaniu, że autonomia stron była uznawana tylko w granicach wyznaczonych przez prawo; w wymogu istnienia godziwej przyczyny dla ważności zobowiązania⁸⁸². W świetle powyższych uwag nie dziwi, że zasadę wolności umowy rozumiał Koschembahr-Łyskowski tylko jako brak przymusu zmuszającego jednostkę do zawarcia umowy: „Zasada wolności umowy nie oznacza bynajmniej, że o treści umowy i o wynikających z niej obowiązkach rozstrzyga wyłącznie wola stron, lecz oznacza tylko, że jednostka nie może być zmuszana do zawarcia umowy”⁸⁸³. Na podstawie licznych tekstów Koschembahra-Łyskowskiego dałoby się zapewne zbudować spójną odpowiedź na temat *ratio* wiążącej mocy umów według niego, ale wydaje się, że on sam takich teoretycznych rozważań nie rozwinął. Prawdopodobnie byłyby to argumentacja zbliżona funkcjonalnie do racji społecznej podnoszonej przez kanonistów czy też do anglosaskich nieekonomicznych

⁸⁷⁷ Longchamps de Bérier (1930).

⁸⁷⁸ Longchamps de Bérier (1934) 72. Wspominał o „wiążącej mocy umów” w zakresie odróżnienia „teorii oświadczenia” od „teorii woli” – zob Longchamps de Bérier (1934) 62-63.

⁸⁷⁹ Koschembahr-Łyskowski (1925) 14.

⁸⁸⁰ Koschembahr-Łyskowski (1925) 19.

⁸⁸¹ Koschembahr-Łyskowski (1925) 20-79.

⁸⁸² Derek (2015) 176-179.

⁸⁸³ Koschembahr-Łyskowski (1927) 9; zob. także Derek (2015) 178.

teorii utylitarnych. Warto także zwrócić uwagę na pokrewne podejście do problematyki kwestii społecznej w prawie, które prezentowali zwolennicy tzw. solidaryzmu społecznego: na pierwszym miejscu stawiali oni uznanie, że każde działanie człowieka wpływa na innych, a więc wszyscy ludzie są od siebie nawzajem współzależni⁸⁸⁴. Widać więc, że tego typu nurty w prawoznawstwie cieszyły się podówczas popularnością.

Finalnie w kodeksie zobowiązań przyjęto rozwiązanie bliskie propozycji Ludwika Domańskiego i Romana Longchamps de Bériera: art. 55 KZ stanowił, że „Strony, zawierające umowę, mogą stosunek swój ułożyć według swego uznania, byleby treść i cel umowy nie sprzeciwiały się porządkowi publicznemu, ustawie ani dobremu obyczajom”⁸⁸⁵. Nie został w nim m.in. uwzględniony wymóg *causa* do ważności zawieranej umowy⁸⁸⁶. Odwoływał się on zatem do definicji umowy wyrażonej w art. 50 § 1 KZ („Umowa powstaje przez zgodne oświadczenie woli dwóch stron, z których jedna zobowiązuje się do świadczenia, a druga to zobowiązanie przyjmuje”) i art. 50 § 2 KZ („Przedmiotem umowy może być również powstanie, zmiana lub ustanie stosunku prawnego, bez zobowiązania się do świadczenia”), która to definicja oparta była na teorii oświadczenia woli (art. 29 KZ). Widać zatem, że ogólna teoria umów została w przypadku kodeksu zobowiązań wykorzystana dla uznania swobody umów, jakkolwiek kodyfikatorzy długo spierali się o to, jaki nadać kształt swobodzie kontraktowania.

W toku dyskusji nad kształtem prawa cywilnego wypowiadało się wielu autorów, którzy przedstawiali własne spojrzenie na problematykę swobody umów oraz komentowali przygotowywane projekty i tekst końcowy KZ. Wydaje się jednak, że poza kwestią ustalenia granic tejże swobody nie odnosili się oni w swoich opracowaniach do pytania o *ratio* umów⁸⁸⁷ – prawdopodobnie było tak z tego względu, że nie uważali tego zagadnienia za relewantne praktycznie. Szerokie prowadzone przez nich rozważania komparatystyczne oraz sięganie do doświadczenia historycznego⁸⁸⁸ pozwoliłyby zapewne zrekonstruować złożoną *ratio* wiążącej mocy umów rozpoznaną w międzywojennej doktrynie, ale wydaje się, że to zagadnienie nie miało bezpośredniego znaczenia dla jurysprudencji.

Wypada jednak wskazać w tym miejscu na artykuł Alfreda Ohanowicza, ucznia wybitnego historyka prawa Oswalda Balzera i twórcy poznańskiej cywilistyki, który zawiera

⁸⁸⁴ Caro (1931) 6.

⁸⁸⁵ Zob. Derek (2015) 182-186.

⁸⁸⁶ Longchamps de Bériera (1934) 72-74.

⁸⁸⁷ Zob. np. Fierich (1919) 282-283; Longchamps de Bériera (1930); Domański (1936) 25-38; Kędziński (1937).

⁸⁸⁸ Choć w tym zakresie nie zawsze była to refleksja pogłębiona – zob. Dajczak (2014) 835-838.

wiele inspirujących obserwacji. Ohanowicz odniósł się w nim do różnicy w podejściu społecznym i indywidualistycznym do swobody umów, a więc różnicy, która objawiła się w pracach komisji kodyfikacyjnej, ale postanowił przedstawić tę kwestię w szerszej perspektywie. Wskazał więc, że problem ten miał długą historię, a sięganie tylko do „ustawodawstwa ostatnich dziesięcioleci, może doprowadzić do wniosków przedwczesnych”, dlatego należało wystrzegać się w tym zakresie zbytnich uproszczeń⁸⁸⁹. Dalej zaś uczony stwierdził: „Nie można też niedoceniać wysiłku kilkunastu wieków, w ciągu których zasada wolności umów się formowała, oraz głębi źródeł moralnych, z jakich wypłynęła. Nie rewolucja francuska i wybujały indywidualizm XIX w. ją stworzyły, bo już przedtem była całkowicie sformułowaną. Nie podobna również przypisywać jej wyłącznie koncepcjom prawa rzymskiego, w którego rozwoju niewątpliwie się zaznaczyła (...), ale którego formalizmu ostatecznie nigdy nie przewyciężyła”⁸⁹⁰. W tym miejscu dał Ohanowicz wyraz poglądom na temat *ratio* umów, która nie ograniczała się do regulacji kodeksowej, lecz miała swoje źródła poza prawem. Przywołał następnie stanowisko kanonistów w tym zakresie oraz różne uzasadnienia filozoficzne wiążącej mocy umów, sięgnął do Grocjusza i Domata i doszedł do konkluzji, że „uzasadnienie moralne zasady wolności umów nie daje jeszcze dostatecznego rozwiązania problemu socjalnego, jaki się z nią łączy”⁸⁹¹. W dalszej części artykułu Ohanowicz trzeźwo ocenił sedno problemu i przywołał różne jego rozwiązania od strony ideowej oraz techniczno-prawnej, obszernie odnosząc się zwłaszcza do problematyki celu umowy, a nawet do prawa angielskiego. Krótki tekst cywilisty z Uniwersytetu Poznańskiego był w ramach refleksji doktryny dwudziestolecia międzywojennego wyjątkowym przykładem sięgnięcia znacznie głębiej w historię swobody umów i odniesienia jej nie tylko do kodyfikacji zagranicznych, względnie ich filozoficznych podstaw, lecz także racji pozaprawnych. Pomimo zatem szerokiego spojrzenia autorów międzywojennych na problematykę swobody umów i modelowego korzystania z narzędzi komparatystycznych wydaje się, że zasadniczo ogólna *ratio* umów leżała poza obszarem ich zainteresowania.

Drugi epizod w historii polskiej cywilistyki ostatniego stulecia, na który warto spojrzeć w kontekście uzasadniania wiążącej mocy wszystkich umów, to okres po wejściu w życie przepisów ogólnych prawa cywilnego w 1950 r., kiedy rozumienie zasady swobody umów wyglądało odmiennie z uwagi na kontekst społeczno-gospodarczy, a moc

⁸⁸⁹ Ohanowicz (1926) CXLVIII.

⁸⁹⁰ Ohanowicz (1926) CXLVIII-CLXIX (pisownia oryginalna).

⁸⁹¹ Ohanowicz (1926) CL-CLI.

obowiązywania wielu przepisów kwestionowano na podstawie kryterium aksjologicznego⁸⁹². Otóż wskutek wprowadzenia tych przepisów przedmiotem dyskusji między cywilistami stała się kwestia obowiązywania art. 55 KZ, który nie został ani powtórzony w ramach wspomnianych przepisów, ani nie został przez nie uchylony⁸⁹³. W związku z tym Jan Gwiazdomorski uważał, że art. 55 KZ został pochłonięty przez art. 44 § 1 POPC i przestał obowiązywać z momentem ich wejścia życie⁸⁹⁴. Nie zgadzał się z nim Aleksander Wolter, który uważał, że rzeczony przepis kodeksowy dalej obowiązywał po wejściu w życie POPC⁸⁹⁵. Stanowisko to poparł Jerzy Jodłowski, odwołując się w szczególności do prac ustawodawczych poprzedzających wydanie POPC, w których sam brał udział⁸⁹⁶. Stefan Buczkowski skupił się swojej wypowiedzi na obronie poglądu, że niezależnie od rozstrzygnięcia tego sporu zasada wolności umów była istotna także w kraju socjalistycznym i dlatego dla porządku należałoby ją w przyszłym kodeksie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej ogłosić⁸⁹⁷. Choć można w tej serii polemik znaleźć wątki interesujące dla ogólnej refleksji o prawie umów, jak np. obserwację, że „swoboda umów istnieje w mniejszym lub większym zakresie od czasów, kiedy ludzkość zaczęła posługiwać się umowami”⁸⁹⁸, to jednak przede wszystkim te publikacje świadczyły o tym, że wśród cywilistów tamtego okresu pytanie o uzasadnienie swobody umów nie miało większego znaczenia. Oczywiście, różne mogły być faktyczne motywacje niepodejmowania tej kwestii, jednak wydaje się, że w związku z tak konkretnym problemem sięgnięcie do szerszej *ratio* umów mogłoby stanowić podstawę do przekonującego rozwiązania powstałego problemu prawnego. Tak się jednak nie stało, co można uznać za wymowne.

W pierwotnym tekście kodeksu cywilnego nie pojawił się przepis analogiczny do art. 55 KZ, w związku z czym brakowało *expressis verbis* proklamacji swobody umów w prawie cywilnym PRL. W doktrynie pojawiały się jednak głosy, że swoboda umów była realizowana w ówczesnym prawie cywilnym⁸⁹⁹. Stanowiły one cenne świadectwo przekonania o tym, że swoboda umów nie wynikała z przepisu prawa i dało się ją opisywać także w realiach dalekich od swobody obrotu. Szczególnym wyrazem obrony swobody umów

⁸⁹² Stawarska-Rippel (2004) 699. Bardziej ogólnie na temat specyfiki prawa cywilnego pierwszych lat powojennych zob. Stawarska-Rippel (2012) 186-191.

⁸⁹³ Stelmachowski (1984) 118; Sośniak (1985) 28; Bączyk (2002) 37-38.

⁸⁹⁴ Gwiazdomorski (1960).

⁸⁹⁵ Wolter (1960).

⁸⁹⁶ Buczkowski (1961).

⁸⁹⁷ Jodłowski (1961).

⁸⁹⁸ Buczkowski (1961) 432.

⁸⁹⁹ Zob. zwłaszcza Radwański (1977). Prezentacja stanowisk w tym zakresie zob. np. Sośniak (1985) 31-37; Bączyk (2002) 38-42. Zob. także Safjan (1993) 12.

była rozbudowana obiektywistyczna konstrukcja Zbigniewa Radwańskiego, która opierała się na autonomii woli i tą drogą uzasadniała swobodę kontraktowania nawet w gospodarce uspołecznionej⁹⁰⁰. Także w teorii prawa cywilnego w ujęciu Andrzeja Stelmachowskiego „pierwiastek moralny w prawie cywilnym” oraz swoboda umów odgrywały kluczową rolę w prezentacji zagadnień ogólnych⁹⁰¹. Symbolicznym wyrazem przekonania o wartości swobody umów była też np. praca Mieczysława Sośniaka na temat historii umowy obligacyjnej, w której również została podjęta kwestia „moralno-społecznego znaczenia umów obligacyjnych”⁹⁰².

Za trzeci znamieny dla postrzegania *ratio* umów okres w polskiej cywilistyce ostatniego stulecia można uznać okres po 1990 r., kiedy to w tzw. noweli lipcowej do kodeksu cywilnego został dodany m.in. art. 353¹, powszechnie uznawany za proklamację swobody umów, o brzmieniu: „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego”⁹⁰³. Niewiele przy tym wiadomo o motywacjach przyświecających legislatorom przy dodaniu tego artykułu, a zwłaszcza o argumentach stojących za takim jego sformułowaniem⁹⁰⁴. Choć kodeks cywilny nie zawiera definicji umowy (jest to więc przedmiotem prac doktryny), to art. 353¹ KC opiera się na ogólnej teorii umów, wypływającej z przyjętej w kodeksie teorii oświadczenia woli i konstrukcji czynności prawnej (art. 56-65¹ KC). Pytanie zatem brzmi, czy wobec ustawowego unormowania istnienia swobody umów cywiliści szukają jej uzasadnienia poza dogmatycznym wykładem kodeksu? Odpowiedź wydaje się negatywna. Ani bowiem w wiodących opracowaniach monograficznych na temat swobody umów nie znalazły się szersze tego typu rozważania⁹⁰⁵, ani w komentarzach⁹⁰⁶, ani w opracowaniach drobnych⁹⁰⁷, ani w

⁹⁰⁰ Radwański (1977); Radwański (1981).

⁹⁰¹ Stelmachowski (1984) 79-93, 97-99, 105-121.

⁹⁰² Sośniak (1986) 108-113.

⁹⁰³ Na temat doniosłości dodania tego artykułu zob. np. Safjan (1993); Żuławska (1994) 175-176; Bączyk (2002) 42-43.

⁹⁰⁴ Na temat prac legislacyjnych, w toku których został ukształtowany ten przepis, zob. Trzaskowski (2005) 169-172.

⁹⁰⁵ Machnikowski (2005) 7 – krótko wskazał, iż istnienie swobody umów znajduje uzasadnienie w wolności człowieka, godności osoby ludzkiej lub użyteczności ekonomicznej; Trzaskowski (2005) 58-60 – podał trzy typy argumentacji na rzecz szerokiego uznania swobody umów, tj. argumentację opartą na uznaniu za wartość wolności człowieka, argumentację opartą na użyteczności gospodarczej i społecznej, argumentację opartą na sprawiedliwości; Niedośpiół (2012); Podkowik (2015). Zob. także Prutis (2018) 88-104.

⁹⁰⁶ Zob. np. Wiśniewski (2011) 20-28; Machnikowski (2013) 462-501; Olejniczak (2014) 42-50; Osajda (2017) 34-61; Fuchs (2018) 48-55; Gutowski (2019) 16-45.

⁹⁰⁷ Zob. np. Safjan (1993); Żuławska (1994); Guś (1997); Jedliński/Mędrzecka (2003).

podręcznikach⁹⁰⁸. W wyjaśnieniach na temat swobody umów autorzy ograniczają się do dogmatycznej analizy treści kodeksu cywilnego i łącząc swobodę umów z autonomią woli oraz ogólną teorią umów nie poszukują dla niej innego uzasadnienia. Niekiedy marginalnie wspomniana jest historia zasady swobody umów. Swoboda umów jest więc badana na poziomie dogmatyki, a nie na poziomie *ratio*, który wymagałby co najmniej sięgania do filozofii. W przypadku polskim można zastanawiać się czy nie jest to jeden z przejawów zbyt daleko idącego pozytywizmu prawnego, który stanowi dziedzictwo poprzedniej epoki i daje się wykazać na przykładzie interpretacji niektórych instytucji prawa cywilnego⁹⁰⁹. Obserwacja, że tego typu rozważania są zapewne nieobecne a na pewno nieistotne dla doktryny prawa cywilnego w niczym nie umniejsza dorobku cywilistyki w wyjaśnianiu treści i granic swobody umów. Może ona jednak skłaniać do podjęcia refleksji naukowej i w tym obszarze. Skoro bowiem *ad casum* pojawiają się wątpliwości co do wytyczania granic swobody umów, a w dyskusji naukowej o swobodzie umów nie ma rozwiniętych rozważań na temat *ratio* tej zasady, to podjęcie refleksji w tym obszarze mogłoby wzbogacić potencjał argumentacyjny przy wytyczaniu granic swobody umów.

Polski przykład może zatem obrazować niebezpieczeństwo połączenia dwóch elementów: pozytywizacji refleksji o prawie umów (a zwłaszcza kodeksowego uregulowania swobody umów) oraz zamknięcia na korzystanie z doświadczenia historycznego przez dogmatykę prawa cywilnego, wskutek czego brakuje szerokiej dyskusji o swobodzie umów, tj. takiej, która wykraczałaby poza analizę treści kodeksu cywilnego. Ustawodawca ogłaszając swobodę umów w zasadzie zamyka pogłębianie refleksji nad uzasadnieniem jej w ogólności, nie tylko na gruncie obecnie obowiązującej ustawy.

3.4.3. Znaczenie poszukiwania *ratio* umów

Ustalenie pewnych podobieństw funkcjonalnych między argumentami kanonistów i prawników *common law* można uznać za dowód uniwersalności strategii argumentacyjnych

⁹⁰⁸ Zob. np. Czachórski (2009) 145-155; Brzozowski (2016); Radwański/Olejniczak (2018) 131-140. W tym kontekście warto wskazać na fragment podręcznika, w którym pojawiła się kwestia uzasadnienia autonomii woli - Radwański/Olejniczak (2017) 18: „zasada autonomii woli opiera się na etosie wolnego człowieka, który swoimi decyzjami władny jest kształtować swoją sytuację prawną. Ponadto odpowiada ona ogólnemu założeniu systemu prawnego, od którego wymaga się, aby organizował stosunki społeczne w sposób racjonalny. Ten pragmatyczny взгляд ma doniosłość zwłaszcza dla kształtowania podstaw gospodarki rynkowej”. Trudno jednak uznać te spostrzeżenia za szerszą refleksję na temat *ratio* umów, zwłaszcza, że w tym ujęciu ogranicza się ona do uznania autonomii woli – zob. Radwański/Olejniczak (2017) 310: „Natomiast jeżeli podmiot mocą własnej decyzji zobowiązał się do zawarcia umowy, to z uwagi na autonomiczną genezę takiego związania, nie uważa się, by nastąpiło ograniczenie swobody kontraktowej podmiotu”.

⁹⁰⁹ Zob. Mańko (2013).

na rzecz *ratio* wiążącej mocy umów. Można dokonać weryfikacji tej uniwersalności biorąc pod uwagę znaczenie takich strategii w krajach prawa skodyfikowanego, za najbliższy przykład biorąc Polskę.

Różnorodnie można wyjaśniać, dlaczego zastanawianie się nad uzasadnieniem swobody umów nie jest pozbawione znaczenia. Najpierw wynika to częściowo z przeprowadzonej wyżej analizy źródeł, mianowicie jest to pytanie, które przez setki lat towarzyszyło jurysprudencji, a nawet można uznać, że od XVI w. pytanie to miało znaczenie kluczowe dla ukształtowania nowożytnej doktryny kontraktowej. *Ratio* umów różnie była ujmowana przez przedstawicieli drugiej scholastyki, szkoły prawa natury czy *usus modernus*, ale niewątpliwie była zagadnieniem wpływającym na kształt prawa umów w ich propozycjach doktrynalnych. Podobnie w średniowieczu od odpowiedzi na pytanie o wiążącą moc umów uzależniony był zakres przyznawanej umowom zaskarżalności: gdyby glosatorzy i komentatorzy uznali szerszą *ratio* umów niż spełnienie formalnych warunków wymaganych dla ważności określonej umowy, to prawdopodobnie wcześniej doszłoby do uwolnienia dyskusji o umowach z rzymskich ram i otwarcia na powstanie ogólnej teorii umów. Doświadczenie historyczne może być użytecznym źródłem nie tylko wiedzy na temat historii obecnej regulacji, ale także może dostarczać rozwiązania lub argumenty na ich rzecz, czego dobrym przykładem jest sięganie do niego w anglosaskiej teorii kontraktu. Wydaje się, że podejście uznające wartość sięgania do argumentacji historycznoprawnej jest dziś coraz szerzej dostrzegane także w ramach prawoznawstwa związanego ze skodyfikowaną ogólną teorią umów⁹¹⁰.

Dalej, pytanie o uzasadnienie swobody umów i o *ratio* umów jest pytaniem aktualnym wobec wyzwań, jakie współczesność stawia przed prawem prywatnym. Nie sposób omówić je *in extenso*, ale można wskazać kilka zjawisk, które obserwuje się dziś w prawie prywatnym. Nie pozostają one bez znaczenia dla kształtu swobody umów, a co za tym idzie dodatkowa argumentacja w tym zakresie może okazać się pomocna dla rozwiązania nowych problemów, przed którymi staje prawoznawstwo. Obok tego następnie zostanie podanych kilka przykładów bardziej konkretnych przypadków, w których sięganie po argumentację wykraczającą poza dogmatykę, może być użyteczne.

Wiele nowych problemów prawoznawstwa łączy się z tym, co Lech Morawski nazwał „zmiernym pozytywizmem”, a więc sytuacją, w której „obserwuje się narastającą

⁹¹⁰ Zob. np. Zimmermann (1992); Heirbaut (2005); Dajczak w Dajczak/Giario/Longchamps de Bérier (2018) 603-612.

nieskuteczność regulacji prawnych, pogłębiającą się jurydyzację stosunków społecznych i inflację przepisów prawnych”⁹¹¹. Można do tych zjawisk zaliczyć z pewnością dekodyfikację prawa prywatnego, która choć jest procesem trudnym do zdefiniowania, to jednak wydaje się być stopniowo coraz szerzej rejestrowana⁹¹². Jednym z pomysłów na przekroczenie problemów wiążących się z dekodyfikacją jest sięganie do doświadczenia historycznego wspólnego dla zachodniej tradycji prawnej, w ramach której lokuje się także średniowieczne prawo kanoniczne⁹¹³. Wydaje się, że dekodyfikacja nie jest też zjawiskiem zupełnie obcym prawu kanonicznemu. Z jednej strony skłania to do pytania o jej kształt w prawie Kościoła, zaś z drugiej – przy założeniu, że prawo kanoniczne zostało skodyfikowane, ale bez przyjęcia radykalnych idei ruchu kodyfikacyjnego – otwiera możliwość sięgania do prawa kanonicznego w poszukiwaniu rozwiązań problemów analogicznych do tych występujących w prawie świeckim⁹¹⁴. Innym zagadnieniem, choć ściśle związanym z dekodyfikacją, jest problem multicytryczności prawa, a więc sytuacja, w której tradycyjnie postrzegana hierarchizacja norm przestaje wystarczać do adekwatnego opisu systemu prawa⁹¹⁵. Można wskazywać dalej kolejne dostrzegane dziś zjawiska, jak choćby (re)europizację, globalizację, publicyzację, konstytucjonalizację – wszystkie one w jakimś stopniu dotyczą prawa prywatnego, a każde z nich jest innym fenomenem i inaczej wpływa na kształt prawa⁹¹⁶. Ewolucja prawa idzie zatem w kierunku, którego kres nie jest oczywisty, co sprawia, że dotychczas stosowane metody prawoznawstwa mogą okazać się niewystarczające. W związku z tym wzrasta znaczenie metod argumentacyjnych względem prostego sylogizmu, ponieważ to otwiera możliwość sięgania do szerszej argumentacji niż ta oparta na dogmatyce⁹¹⁷.

Wskazane zjawiska, które wymykają się prostym definicjom, mają tę cechę wspólną, że pogłębiają kryzys ogólnej teorii umów. Skoro wobec nadmiaru legislacji coraz trudniej ustalić granice swobody umów, to wraca pytanie o to, gdzie prawo skodyfikowane może szukać rozwiązań. Bez refleksji na temat *ratio* wiążącej mocy umów może okazać się, że brakuje alternatywy dla rozwiązań wynikających z porządku prawnego. Kiedy jednak

⁹¹¹ Morawski (2005) 46.

⁹¹² Zob. np. Giaro (2011) 76-78; Andrzejewski (2014); Stec (2015); Giaro (2017); Rudnicki (2018).

⁹¹³ Zob. np. Dajczak/Longchamps de Brier (2012); Kaczorowska (2015); Dajczak (2017).

⁹¹⁴ Sobański (1992) 123; Longchamps de Brier (2008); Alexandrowicz (2017); Świergosz (2017). Zob. także zaskakującą uwagę zachęcającą do szukania inspiracji w teologii wobec dekodyfikacji prawa cywilnego: Stec (2015) 41-42.

⁹¹⁵ Lang (2005); Łętowska (2005); Kustra (2006); Dajczak/Longchamps de Brier (2012) 10.

⁹¹⁶ Zob. np. Giaro (2011); Dajczak w Dajczak/Giaro/Longchamps de Brier (2018) 603-612. Bardzo szeroko na temat znaczenia tych procesów dla wykładni umów zob. Kaczorowska (2018) 36-109.

⁹¹⁷ Morawski (2005) 199-208.

porządek ten okaże się ostatecznie niewystarczający do regulowania stosunków umownych trudno będzie od niego uzależniać ich skuteczność. Wobec obserwowanego kryzysu swobody umów, czy też „dekompozycji zasady swobody umów”⁹¹⁸, tym bardziej warto zastanawiać się nad tym, z czego w istocie ona wynika, gdyż odpowiedź na to pytanie może pomóc w uzasadnieniu wiążącej mocy umów, kiedy ustawa przestanie ją gwarantować.

Dodać do tego wypada coraz bardziej dyskusyjny zakres faktycznej swobody umów. Zagadnienie granic swobody umów także można rozpatrywać z różnych perspektyw, a wydaje się, że współcześnie inaczej kształtują się granice wynikające z unormowań kodeksowych, a inaczej faktyczny zakres wolności kontrahentów, co prowadzi już od dawna do pytania o to, czy można mówić swobodzie umów, skoro trudno niekiedy nawet mówić o umowach⁹¹⁹. W poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie o *ratio* umów nie idzie jednak o postulaty *de lege ferenda*, ale o metodę prawniczą, tj. o zaproponowanie rozwiązań, które w dłuższej perspektywie pozwolą zachować swobodę umów w pożądanym kształcie. Sięganie do pozaprawnych systemów normatywnych może być jednym z rozwiązań różnych trudności wynikających z obecnych warunków tworzenia i stosowania prawa, zaś część z tych trudności może w istocie być wynikiem wyrugowania takich odniesień, jak opisywał to Gordley⁹²⁰.

Choć celem tej pracy nie jest rozwiązywanie konkretnych problemów praktycznych z zakresu prawa cywilnego, to wydaje się uzasadnione przywołanie kilku przykładów, które mogą pomóc w lepszym wyjaśnieniu użyteczności sięgania do *ratio* wiążącej mocy umów przy rozwiązywaniu pojawiających się kwestii praktycznych, obok zakreślonej wyżej problematyki dotyczącej całego prawa prywatnego. *Ratio* taka może być szczególnie użyteczna w sprawach dyskusyjnych dotyczących granic swobody umów – dla wzmocnienia stosowanej w takich przypadkach argumentacji sięganie do *ratio* może być dobrym rozwiązaniem⁹²¹. Do tego jednak niezbędne jest, by podjąć szerokie rozważania na temat tego, jakie jest uzasadnienie dla wiążącej mocy umów w ramach prawa posługującego się skodyfikowaną teorią umów. Przykłady można wskazać sięgając do doktryny czy też do orzecznictwa. Nie jest przy tym tak, że wskazane przykłady nie dają się rozwiązać w ramach dostępnych w systemie środków – wykorzystanie uzasadnienia swobody umów może mieć raczej walor argumentacyjny, jako dodatkowa racja na rzecz przyjętego rozwiązania. Poza kwestią wydaje się leżeć możliwość korzystania z dodatkowej argumentacji w zakresie

⁹¹⁸ Mróz (2010).

⁹¹⁹ Sośniak (1985) 38.

⁹²⁰ Gordley (1991).

⁹²¹ Problematyka argumentacji prawniczej stanowi odrębne i szerokie zagadnienie, które nie będzie w tej pracy poddane szerszej analizie. Zob. np. Stelmach (2003); Stelmach/Brożek (2006) 111-165.

interpretacji sprzeczności umowy z zasadami współżycia społecznego, które są systemowym odniesieniem do norm pozaprawnych⁹²².

Pierwszy przykład to klasyczny problem różnicy między nazwą umowy ustaloną przez strony a faktyczną treścią świadczeń stron. Kwalifikacja prawna umowy przez strony może odbiegać od kwalifikacji, która odpowiada rzeczywistemu charakterowi stosunku zobowiązaniowego (typowym przykładem jest nazwanie umowy o świadczenie usług umową o dzieło lub odwrotnie). W takim przypadku to sąd ocenia, jaka była natura stosunku zobowiązaniowego biorąc pod uwagę nie nazwę umowy według stron, ale m.in. jej treść i sposób wykonania. W tym zakresie powołanie się na *ratio* swobody umów może służyć wzmocnieniu argumentacji w zakresie, w jakim sąd odmiennie od stron określa charakter łączącego je stosunku. Obok wskazania na ustawową definicję danej umowy, która powinna być zastosowana w konkretnym przypadku, sąd mógłby przykładowo wskazać szerzej na to, że swoboda umów ma swoje uzasadnienie w uznaniu społecznej roli umów. Z niego wynika między innymi to, że umowy mają służyć budowaniu wartościowych relacji i wzrostowi zaufania społecznego, czemu nie służy praktyka ukrywania faktycznej treści stosunku prawnego pod nieodpowiednią nazwą.

Innym przykładem, kiedy zewnętrzna *ratio* może okazać się użytecznym narzędziem do argumentacji na rzecz przyjmowanego przez sąd rozstrzygnięcia może być problematyka umów nienazwanych. Otóż w przypadku, gdy spór dotyczy interpretacji tego rodzaju umów, sąd ma szczególnie doniosłą rolę, gdyż by określić treść i cel stosunku prawnego łączącego strony (a także naturę tego stosunku⁹²³) nie wystarczy sięgnąć do definicji ustawowych. Poszukując zatem odpowiedzi na pytanie o treść i cel takiego stosunku sąd mógłby wykorzystać odwołanie do *ratio* wiążącej mocy umów, zwłaszcza wtedy, gdy kwestią byłaby ważność umowy. Sięgnięcie w takim przypadku do uzasadnienia swobody umów w ogólności może być pomocne przy ustalaniu zgodności umowy nienazwanej z ustawowymi przesłankami z art. 353¹ KC. Argument wskazujący na powinność dochowania zawartej umowy mógłby wzmocnić walor oceny uznającej ważność takiej umowy, a z drugiej strony wskazanie na brak negatywnych skutków nieprzestrzegania danego kontraktu mogłoby zostać wykorzystane do uzasadnienia braku jego wiążącej mocy. Szereg interesujących przykładów naruszenia „ogólnej natury zobowiązania” podał Roman Trzaskowski w oparciu o doktrynę i

⁹²² Zob. np. Machnikowski (2005) 251-312; Trzaskowski (2005) 391-459.

⁹²³ Zwłaszcza to ograniczenie zasady swobody umów (sprzeczność z naturą stosunku prawnego) nastrocza trudności interpretacyjnych, zob. np. Machnikowski (2005) 313-351; Trzaskowski (2005) 274-390. Zob. też Dajczak (2012a); Dajczak (2012b).

orzecznictwo⁹²⁴. Wydaje się, że właśnie w rozstrzygnięciu tego typu kwestii (choćby dotyczących umów, w których świadczenie wierzyciela zależy wyłącznie od jego swobodnego uznania) oprócz sięgnięcia do wykładni systemowej, do doktryny czy do prawa obcego, pomocne może być wykorzystanie argumentacji opartej o *ratio* umów.

Także w przypadku wątpliwości co do celu stosunku umownego może być wskazane spojrzenie szersze niż tylko poszukiwanie w ramach dostępnych przepisów⁹²⁵. Dla ustalenia zgodności celu umowy z ustawowymi przesłankami jej ważności można uwzględnić także szerszy cel zawierania umów, który stoi u podstaw uznania swobody kontraktowania. Gdyby uznać za taki cel moralnie aprobowane korzyści obu stron oraz wzrost dobra wspólnego związanego z zawieraniem i przestrzeganiem umów być może dałoby się bardziej skutecznie argumentować w zakresie ważności umowy.

Należy podkreślić, że do zastosowania argumentacji opartej na *ratio* konieczne byłoby doktrynalne ugruntowanie poglądów na temat tej *ratio*, tak by nie było wątpliwości, że sędzia rozstrzygając sprawę kierował się takimi ocenami i normami moralnymi, które są uznawane przez społeczeństwo⁹²⁶.

Wskazane wyżej zjawiska i przykłady to tylko wycinek obszernych problemów, które są wyzwaniem, wobec jakich staje dzisiaj kontynentalne prawo prywatne. Ograniczenia wynikające z modelu prawa skodyfikowanego sprawiają, że znaczenie zyskuje sięgnięcie do argumentacji opartej nie tylko na dogmatyce, ale i na innych podstawach. W związku z tym warto przedstawić sposób, w jaki można wykorzystać argumentację średniowiecznej kanonistyki dla uzasadniania *ratio* umów.

3.4.4. Argumenty kanonistyki a *ratio* umów w tradycji *civil law*

3.4.4.1. Uniwersalny charakter argumentacji kanonistycznej

W świetle pobieżnej prezentacji znaczenia pytania o *ratio* umów wobec współczesnych problemów prawa prywatnego zostały poniżej przedstawione argumenty średniowiecznych kanonistów, które skłoniły ich do uznania zaskarżalności wszystkich umów, a które można przekształcić w argumenty służące uzasadnieniu wiążącej mocy umów w ogóle. Argumenty te zostały omówione szczegółowo w pierwszym rozdziale, zatem w tym miejscu, korzystając z wcześniejszych ustaleń oraz biorąc pod uwagę także późniejsze losy argumentacji kanonistycznej jak i współczesny kontekst oparcia swobody umów na ogólnej

⁹²⁴ Trzaskowski (2005) 323-332; 334-346; 347-352; 353-358.

⁹²⁵ Zob. np. Trzaskowski (2005) 185-188.

⁹²⁶ Machnikowski (2005) 307-310.

teorii umów, dokonano aktualizacji rzeczonych argumentów. Nie jest wszak celem autora tej pracy uznanie argumentów sprzed setek lat za jedyne istotne czy nawet bezbłędne i propozycja ich narzucenia w świetle zaobserwowanych braków w dogmatyce prawa prywatnego tradycji *civil law* oraz ich podobieństwa do dyskursu prowadzonego w *common law*. Chodzi raczej o pokazanie tych samych argumentów w nowej odsłonie, tak aby mogły one potencjalnie stać się punktem wyjścia dla dyskusji o uzasadnianiu swobody umów i wiążącej mocy umów w sposób odmienny od przyjętego, nie kwestionując przy tym dorobku współczesnej dogmatyki, ale raczej traktując te argumenty jako propozycję jego uzupełnienia. Innymi słowy pytanie dotyczy tego, co jest uniwersalnego w argumentacji kanonistów? Odnalezienie w ich argumentacji elementów, które można uznać za znaczące niezależnie od czasu i miejsca pozwoli przyjąć ją za źródło inspiracji w zakresie odpowiedzi co do *ratio* wiążącej mocy umów.

Warto przy tym dodać, że poszukiwanie *ratio* umów w doświadczeniu historycznym nie musi ograniczać się oczywiście do kanonistyki – może polegać na sięganiu choćby do prawa rzymskiego. W tym miejscu jednak to właśnie potencjał oddziaływania kanonistycznego uzasadnienia swobody umów będzie w centrum uwagi.

3.4.4.2. Argumentacja teologiczna – argumentacja moralna

Nawet w odległej od kanonistyki teorii prawa okresu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej wyrażano myśl, że ważność i dopuszczalność zawierania umów ma swoje podstawy poza dogmatyką prawa prywatnego, mianowicie w zasadach etycznych⁹²⁷. Zasada dotrzymywania umów jest i regułą moralną, i zasadą prawną⁹²⁸. Argument teologiczny, a więc kluczowy dla odkrycia swobody umów, zasadał się przede wszystkim na zrównaniu zobowiązania moralnego z zobowiązaniem prawnym. Nie budził wątpliwości chrześcijański zakaz kłamstwa, który rozszerzony został przez Huguccio także na składanie obietnic, a przez to mógł być zastosowany do problematyki umów gołych. Naruszenie danego słowa według kanonistów wywierało także skutki prawne, ponieważ u podstaw było działaniem nagannym moralnie. Choć z pewnością dla wielu i dzisiaj ta droga argumentowania może być przekonująca (zwłaszcza dla tych, którzy uznają autorytet źródeł, na jakich swoje wywody oparli kanoniści) warto zastanowić się, czy jest możliwe dokonanie takiego przekształcenia argumentu teologicznego by mógł on służyć jako uzasadnienie *ratio* umów niezależnie od

⁹²⁷ Lang (1989) 168-169.

⁹²⁸ Lang (1989) 178.

przyjęcia bądź odrzucenia chrześcijańskiej oceny kłamstwa. Innymi słowy można powiedzieć, że w obliczu „dyferencjacji systemów wartości”⁹²⁹ trzeba dokonać przeniesienia tego argumentu na akceptowalny dla wszystkich grunt.

Dla kanonistów skutkiem bezpośrednim naruszenia danego słowa był grzech, zaś skutkiem pośrednim utrata zbawienia. Próba znalezienia odpowiedników dla tych sankcji może prowadzić w dwóch kierunkach: skutków pozytywnych lub sankcji negatywnych, które nie muszą się nawzajem wykluczać, lecz raczej mogą służyć wzmocnieniu wymowy argumentu. Gdy idzie o skutki pozytywne wydaje się, że nienaruszanie danego słowa można uznać za przejaw działania wartościowego, w tym sensie, że charakteryzuje ono człowieka uczciwego, zaś w dłuższej perspektywie prowadzi do jego wzrostu w cnocie prawdomówności. Sankcją negatywną naruszenia danego słowa jest zaś najpierw sprzeczność wewnętrzna, tzn. brak spójności między tym, co stanowi zewnętrzny wyraz intencji, oraz prawdziwym zamiarem, co w dłuższej perspektywie prowadzi do utraty zaufania ze strony innych, którzy widzą brak spójności między słowami a czynami. Taka wykładnia argumentu teologicznego prowadzi do uznania go za argument w istocie moralny, oparty na podstawowych dla kultury zachodniej nakazach etycznych, pochodzących z etyki Arystotelesowskiej oraz etyki chrześcijańskiej. Nadal zatem jest to oparcie na aksjologii, ale w oderwaniu od religijnej frazeologii⁹³⁰.

Takie uzasadnianie *ratio* umów może być jednak uznane za mało przekonujące skoro w istocie opiera się na podobnych wyjaśnieniach. Na jego korzyść przemawia także podobieństwo do niektórych elementów anglosaskich teorii kontraktu, o którym była mowa wyżej. Kluczowe zatem dla rozpoznania wartości argumentu teologicznego jako moralnego jest uznanie, że opiera się on na takiej moralności, która zakazuje kłamstwa a ceni prawdomówność⁹³¹. Idealistycznie brzmiące założenie ogólne można wzbogacić za pomocą uwag bardziej szczegółowych, które mogą znaleźć zastosowanie niezależnie od uznania wartości założenia podstawowego. Zaliczają się do nich przykładowo takie wnioski z lektury dzieł kanonistów: dane słowo ma swoją autonomiczną wartość niezależnie od formy i okoliczności jego wyrażenia; zgodność między słowami a czynami jest wartością; negatywne skutki łamania danego słowa zwracają się także przeciw temu, kto je łamie. Do tego warto zwrócić uwagę na rolę argumentacji celowościowej: w pytaniu o *ratio* umów istotne

⁹²⁹ Morawski (2005) 70-71.

⁹³⁰ Zob. Sośniak (1986) 119.

⁹³¹ Zakaz kłamstwa jest zasadą moralną uniwersalną w sensie normatywnym i socjologicznym; zob. Lang (1989) 180.

znaczenie ma pytanie o to, jaki w ogóle cel stawiany jest przed prawem cywilnym. Kanoniści postrzegali go jako „użyteczność publiczną”, podczas gdy prawo kanoniczne służyło zbawieniu dusz i dlatego inaczej regulowało kwestię oceny skuteczności umów gołych. Tak jak do przestrzegania umów skłaniał wzgląd na cel prawa kanonicznego (zbawienie dusz), tak można pytać o cel prawa w kontekście poszukiwania uzasadnienia dla przestrzegania umów współcześnie⁹³².

Wniosek wynikający z tych ogólnych uwag brzmi następująco: uniwersalną *ratio* umów i uzasadnienie swobody umów w oparciu o dorobek autorów, którzy przyczynili się do odkrycia swobody umów w zachodniej tradycji prawnej, można opierać na argumencie moralnym, który wywodzi skuteczność zawieranych umów z uznania za naganne postępowania, które sprzeciwia się wierności danemu słowu. Wydaje się przy tym generalnie, że „Uniwersalny charakter ideałów etycznych, na których zasada się koncepcja swobody kontraktowania, uwydatnia jej istotny walor w złożonej rzeczywistości prawnej współczesnej Europy”⁹³³, wobec czego sięganie do kanonistyki może także potwierdzać słuszność takiego spostrzeżenia.

3.4.4.3. Argumentacja społeczna

Praktyczno-społeczny argument kanonistów na rzecz wiążącej mocy umów opierał się na uznaniu społecznego charakteru umowy i dostrzeżeniu wartości, jaka wynika z przestrzegania umowy dla całego społeczeństwa. Budowane za pomocą umów relacje między ludźmi kanoniści uznali za warte szczególnej ochrony. Wydaje się, że jest i dziś uznane, że „pokój jest istotną wartością moralną”, a „zasada pokojowego współzycia między ludźmi” jest realizowana przez prawo⁹³⁴.

Zawieranie i przestrzeganie umów służy według tej argumentacji pokojowi, tzn. celem umów jest pokój społeczny, a środkiem do osiągnięcia tego celu są narzędzia prawne w razie konieczności uzasadniające stosowanie przez państwo przymusu dla realizacji tego celu. Ten cel ogólny można z pewnością starać się precyzować w różny sposób, np. jako wspieranie dobrych relacji międzyludzkich, budowanie wzajemnego zaufania, otwarcie na współpracę z innymi, itd. Nie chodzi przy tym o petryfikację stosunków społecznych, co byłoby zagrożeniem, gdyby pokój społeczny postrzegać jako idealny ład, który nie poddaje się

⁹³² Cel prawa i cel państwa stanowią także szerokie zagadnienie, które nie było przedmiotem badań w tej pracy. Zob. np. Potrzeszcz (2013) 69-82.

⁹³³ Kaczorowska (2008) 71.

⁹³⁴ Lang (1989) 171.

zmianom. Ponadto znaczenie dla pokoju miały też umowy w tym sensie, że mogły być porozumieniami, które faktycznie godziły zwaśnione strony – do dziś mogą one pełnić taką rolę. Poza tym, kanoniści spierali się o to, czy wiążąca moc wszystkich umów miała znaczenie tylko w relacjach między biskupami czy także między świeckimi, ale ostatecznie uznali, że jest to zasada istotna dla wszystkich zawierających umowy, z czego i dzisiaj może wynikać wniosek, że społeczne znaczenie zawierania i przestrzegania umów nie ogranicza się do wielkich kontraktów albo umów z jakichś względów uznanych za ważne, ale dotyczy wszystkich umów, przez co każdy może mieć swój wkład w budowanie wartości dodanej społeczeństwa. Dobrze uzasadnia to także interwencję państwa w tych sytuacjach, kiedy umowy są naruszane – z uwagi na dobro wspólne i interes społeczny państwo ma wtedy mandat by ingerować w stosunki między stronami. Wreszcie, postrzeganie pokoju społecznego jako pewnego dobra wskazuje także na to, że umowa zawsze jest uwikłana społecznie – każda umowa, skoro dotyczy co najmniej dwóch osób, oddziałuje na relacje i szerzej na stosunki społeczne.

Elementem łączącym się z argumentacją społeczną była także pewność, stabilność prawa. Wydaje się, że i takie oczekiwanie, by traktować umowy poważnie, jako stosunki trwałe, nie dające się zbyt łatwo pozbawić skuteczności, może być ważnym głosem współcześnie. Argument z pewności prawa zyskałby dzięki temu nowy aspekt. Zwrócenie uwagi na trwałość umów wymaga przy tym przyjęcia szerszej perspektywy niż tylko ta, którą mają strony – patrząc szeroko na prawo umów być może lepiej da się wskazać, że w uznaniu stabilności umów tkwi wartość, zaś pozbawienie ich takiej cechy może prowadzić do coraz mniejszego ich znaczenia. Tak jak dla kanonistów *ratio scandali*, a więc względem na zgorzenie, miał znaczenie w uznaniu zaskarżalności wszystkich umów, tak i w praktyce społecznej powszechne przyzwolenie na łamanie umów prowadzi do powielania takich negatywnie ocenianych zachowań.

Pax i firmitas i dzisiaj mogą więc stanowić przyczynek do rozważań nad *ratio* umów: pytanie o cel ich zawierania nie ogranicza się do pytania o moralność postępowania jednostek, ale powinno mieć na uwadze szersze znaczenie społecznego fenomenu umów. Można też dodać, że znaczenie argumentacji społecznej rosło w kanonistyce z czasem: początkowo nie była ona istotna, ale z czasem kanoniści i z niej uczynili użytek dla wzmocnienia swojej doktryny. I dzisiaj może być tak, że ważniejsze jest w pierwszym rzędzie podkreślenie wpływu umowy na sytuację jednostki, a z czasem możliwe będzie zwiększenie świadomości w zakresie tego, jak umowy wpływają na całokształt stosunków społecznych.

Uznanie zaś społecznego wymiaru umowy może umożliwić dostrzeżenie znaczenia umowy jako relacji społecznej, co z kolei pozwala zmienić perspektywę patrzenia na prawo umów.

3.4.4.4. Argument z autorytetu

Na koniec można odnieść się do argumentu omówionego w pierwszej kolejności na początku rozprawy. Dla średniowiecznej kanonistyki miał on znaczenie kluczowe w tym sensie, że bez źródeł, na których oparty był moralny zakaz łamania danego słowa, oraz bez rozstrzygnięć synodalnych wspierających praktyczną interpretację tego zakazu, kanoniści nie opracowaliby doktryny o zaskarżalności wszystkich umów. Z punktu widzenia przyjętego w tym podrozdziale argument oparty na autorytecie źródeł prawa ma relatywnie najmniejsze znaczenie. Skoro bowiem sięganie do doświadczenia historycznego ma służyć przekroczeniu niedostatków uzasadnienia *ratio* umów opartego na dogmatyce, to może się wydawać, że ten element doktryny kanonistycznej będzie pozbawiony znaczenia. Wydaje się jednak, że i na podstawie tego zakresu rozważań średniowiecznych kanonistów można wskazać pewne relewantne obserwacje.

Argument z autorytetu źródeł prawa przypomina nieco model uzasadniania *ratio* umów oparty na dogmatycznej koncepcji ogólnej teorii umów, ale wydaje się, że od kanonistów można by czerpać inspirację w zakresie podejścia do źródeł normatywnych, przy zastrzeżeniu, że prezentowali zgoła odmienne niż współczesne podejście do statusu tych źródeł. Lektura ich pism pokazuje jak można w twórczy sposób łączyć różne teksty poprzez interpretację: choć mieli oni relatywnie mało źródeł, w porównaniu z ich ilością współcześnie, to umiejętnie potrafili je wykorzystać. Kanoniści cechowali się też otwartością w zakresie uznawania tego, co mogło stanowić wartościowe źródło: pisząc na temat umów nie ograniczali się do źródeł rzymskich (co uniemożliwiłoby prawdopodobnie sformułowanie zasady zaskarżalności wszystkich umów), lecz twórczo interpretowali teksty im dostępne. Niekiedy zapewne – przynajmniej z perspektywy współczesnej – szli za daleko w poszukiwaniu użytecznych argumentów i nadinterpretowali kanony, ale ich metoda może być chyba uznana za źródło inspiracji, gdyż pokazuje, że jest pewna swoboda w interpretacji tekstów źródłowych, a sztuka polega na właściwym wytyczeniu jej granic. Ponadto przykład średniowiecznych kanonistów może uczyć, w jaki sposób sięgać do normatywnych źródeł pozaprawnych – oparcie argumentacji prawniczej na Piśmie Świętym czy na Ojcach Kościoła (choć dla kanonistów były to oczywiście źródła prawa) może stanowić przykład takiej praktyki. Wreszcie warto zauważyć, jak wielką rolę odegrała w argumentacji kanonistów *communis opinio*: może ona być źródłem pewności prawa tam, gdzie brakuje stosownej

normy, ale wcale nie zamyka przestrzeni do dyskusji doktrynalnej, może ona ciągle podlegać ewolucji. Status jurysprudencji jako źródła prawa współcześnie jest dyskusyjny, ale niewątpliwie oddziałuje ona na kształt prawa, a więc można oczekiwać, że temu oddziaływaniu będzie towarzyszyła refleksja metodologiczna.

3.4.5. Wnioski

Zbierając wnioski wynikające z prezentacji wpływu ogólnej teorii umów na kształt przyjętej w kodyfikacjach swobody umów wypada podkreślić, że takie podejście do problematyki umownej jest w znacznej mierze dziedzictwem filozofii oświeceniowej połączonej z daleko posuniętą generalizacją zasad dotyczących zobowiązań umownych. Wydaje się, że jednym ze skutków takiego stanu rzeczy był i jest brak szerokiej refleksji doktrynalnej nad *ratio* wiążącej mocy umów. Wobec istnienia podstawy ustawowej, względnie jej surogatu w postaci ogólnej teorii umów, zbędne było rozważanie tego, co stało u podstaw swobody umów poza autonomią woli czy przyznaniem przez ustawodawcę uprawnieniem do zawierania umów. Być może specyficznym przejawem zawężenia zainteresowania doktryny swobodą umów, jest charakterystyczne dla prawoznawstwa pozytywne skupienie na analizie pojęć: w tym sensie można uznać, że przedmiotem badań jest raczej „zasada swobody umów” niż sama „swoboda umów”: ta ostatnia „wskazuje jedynie, w jakim zakresie otwarta została przez system prawny kompetencja do kształtowania stosunków prawnych w drodze umów”, natomiast łącząca się z nią zasada służy wyznaczeniu zakresu swobody umów przez system prawny⁹³⁵.

Dziewiętnastowieczni prawnicy nie zastanawiali się szerzej dlaczego umowy wiążą – wystarczyło im ich definiowanie przez odniesienie do woli albo do zgody: moc umów nie była przez nich wyjaśniana, lecz zakładana⁹³⁶. Podejście to skutkowało w XX w. kryzysem w obszarze swobody umów, który doprowadził do kwestionowania na różnych polach zasadności przyjętych koncepcji. Szczególnie widoczne stało się to w dyskursie anglosaskim, gdzie doszło do istotnego przeformułowania doktryny kontraktowej wobec „śmierci umowy”. W lepszej kondycji znajduje się doktryna oparta na kodyfikacjach, choć i w niej widać niekiedy, że pozytywistyczne uzasadnianie swobody umów nie jest wystarczające wobec współczesnych potrzeb. Można dodać, że w *common law* teorie kontraktu zachowują w dużym stopniu status teorii wspierających orzecznictwo, natomiast w krajach prawa

⁹³⁵ Radwański (1981) 360-362,

⁹³⁶ Gordley (1991) 163; 213.

skodyfikowanego ogólne teorie umów stały się podstawą kodyfikacji i wspierają jej stosowanie. W tym kontekście widać także lepiej dlaczego uwzględnione wcześniej XIX-wieczne próby skonstruowania ogólnej teorii umów w doktrynie anglosaskiej, które były ciekawym przykładem próby wykorzystania doświadczenia prawa kontynentalnego, nie zakończyły się pełnym powodzeniem.

Wydaje się, że pytanie o *ratio* umów, które jest ściśle związane z pytaniem o uzasadnienie swobody umów, jest dzisiaj coraz bardziej aktualne, zwłaszcza w ramach modelu prawa skodyfikowanego, gdzie nie zwykło się tego pytania stawiać, skoro kwestię tę rozwiązuje ustawa. Ustawa jednak przestaje wystarczać w świetle nowych problemów związanych z określaniem granic swobody umów. Argumentacja sięgająca do doświadczenia historycznego wynikającego z dyskusji kanonistycznej ma ten walor, że daje się zastosować – po stosownych przekształceniach – do refleksji nad prawem umów współcześnie. Argument teologiczny można przełożyć na argumentację moralną – pokrewną z wieloma teoriami anglosaskimi i opartą na założeniu, że moralność umów ma swoje korzenie w moralności obietnic, tzn. w moralności przestrzegania danego słowa. Argumentacja społeczna jest i dziś tak samo aktualna – wskazując na społeczną rolę umów dla kształtowania zgody we współżyciu społecznym łatwo można uzasadnić wiążącą moc umów. Wreszcie, argument oparty na autorytecie źródeł prawa najbardziej przypomina sposób uzasadniania swobody umów w modelu prawa skodyfikowanego, ale on także może być źródłem pewnych ogólnych inspiracji co do metody.

Użyteczność takiego podejścia wskazuje również na to, że istnieje coś poza dogmatyką, co istotnie wpływa na kształt prawa: szukanie tych fundamentów, na których dogmatyka została zbudowana, ale które równocześnie przesłoniła, wymaga stawiania nowych pytań i poszukiwania odpowiedzi w nowych obszarach.

3.5. PODSUMOWANIE

Pytanie o *ratio* umów jest pytaniem aktualnym. Nie udziela na nie odpowiedzi w sposób wyczerpujący ogólna teoria umów, za to wytrwale poszukują jej anglosaskie teorie kontraktu. W modelu prawa skodyfikowanego uzasadnienie wiążącej mocy wszystkich umów nie nastęrcza trudności – to ustawa gwarantuje swobodę umów. Trudno jednak uznać dzisiaj takie dogmatyczne wyjaśnienie za wystarczające, a waga tego deficytu wydaje się rosnać wobec zawężania swobody umów.

Wobec tego warto sięgać do dwóch dodatkowych źródeł argumentacji: do historii i do obcej dyskusji współczesnej. W ramach sięgania do historii zaczerpnąć można z tekstów

średniowiecznej kanonistyki, które legły u podstaw odkrycia swobody umów. Choć były to teksty przesyczone teologią i powstały setki lat temu, to opracowane przez kanonistów argumenty mogą okazać się użyteczne w dyskusji nad *ratio* umów. Argument teologiczny, który można postrzegać szerzej jako moralny, i argument społeczny rzucają światło na podstawy wiążącej mocy umów, które nie wzbudzają większego zainteresowania polskiej doktryny. Wobec wielu wyzwań, jakie stawia przed prawem prywatnym współczesność, może okazać się jednak więcej niż przydatnym sięganie do argumentacji pozanormatywnej (np. historycznej czy socjologicznej).

Obok korzystania z doświadczenia historycznego, można wykorzystać także bardzo rozbudowane teorie kontraktu rozwijane przez Anglosasów. Wprawdzie nie wszystkie problemy w nich obecne mają znaczenie dla prawa umów na kontynencie, to jednak wydaje się, że wiele zagadnień może wnieść sporo świeżości do prawoznawstwa skupionego wokół prawa stanowionego. Ważnym zadaniem może być zatem odpowiednie sięganie do dyskusji anglosaskiej i wykorzystanie istotnych jej elementów do rozwoju zagadnienia filozoficznych podstaw ogólnej teorii umów. Jedno i drugie źródło dodatkowej argumentacji mają jeszcze tę wspólną zaletę, że dają się połączyć – nie brak analogii między argumentami sprzed kilku wieków i argumentami zza morza.

Formuła *pacta sunt servanda* wywodząca się ze średniowiecznej kanonistyki nie musi pozostać pięknym lecz pustym szyldem, od którego realia umowne odbiegają coraz dalej, ale może stać się przyczynkiem do zadawania pytań o *ratio* umów, która nie ogranicza się do kodeksowego przepisu. Wobec kryzysu powstałych w XVIII i XIX w. teorii umów formuła ta wymaga realistycznego wyjaśnienia – jak rozumieć słowo *pactum* i co naprawdę znaczy *servanda sunt*. Kryzys ten widać w różnych zjawiskach, m.in. we wzroście znaczenia przepisów *ius cogens*, w zwiększających się wątpliwościach co do sensu klauzul ograniczających swobodę umów, w rosnących dysproporcjach co do pozycji ekonomicznej stron i w asymetrii informacyjnej w umowach, w rosnącej nieprzewidywalności ekonomicznych skutków zawieranych umów z uwagi na dynamikę zmian społecznych i technologicznych. Można przy tym dodać, że sama okoliczność, iż dyskusja wokół ogólnych zagadnień dotyczących swobody umów toczy się wokół kilku przepisów kodeksowych nie musi determinować braku miejsca na rozwijanie szerszej refleksji: wszak i kanoniści swoje koncepcje budowali wokół kilku istotnych kanonów.

Wracając po raz ostatni do metafory rozwijanej w poprzednich rozdziałach można do niej dodać i to spostrzeżenie, że po przejściu przez próg swobody umów warto wracać do tego, jakie racje otworzyły do niej drzwi, ponieważ nie straciły one na aktualności, a

odrzućenie ich w niepamięć zdaje się być przedwczesne. Uzyskaniu szerszej wolności zawsze towarzyszy pytanie o to, jak korzystać z niej racjonalnie: w tym przypadku w zakresie zawierania skutecznych prawnie umów zasadne wydaje się pytanie o podstawy tej skuteczności.

ZAKOŃCZENIE

Wiążąca moc umów od setek lat interesuje prawników europejskich – choć zainteresowanie to zmieniało się z upływem wieków, to nie powinno się kończyć, ponieważ różnie można tę moc wyjaśniać, a więc jest to kwestia, która jest warta refleksji prawniczej. Zagadnienie to jest natomiast ściśle powiązane z problematyką swobody umów – tam, gdzie zapewnia się swobodę umów, tam można się spodziewać uzasadnienia wiążącej mocy umów. W związku z tym celem rozprawy była próba poszukiwań w postulowanym przez Alfreda Ohanowicza kierunku, to jest w stronę pogłębiania rozumienia swobody umów z sięgnięciem do jej historii dalej niż tylko do początków kodyfikacji.

Jedną z propozycji wyjaśniających wiążący charakter umów przedstawili średniowieczni kanoniści: budując zasadę zaskarżalności wszystkich umów musieli oprzeć ją na fundamencie innym niż prawo rzymskie. Taką podstawę znaleźli poza prawem, mianowicie w zobowiązaniu moralnym, które wiązało się z nakazem przestrzegania danego słowa z uwagi na sankcję grzechu grożącą za jego naruszenie. Przestrzeganie umów wynikało także z interpretacji celu prawa kanonicznego, jaki według kanonistyki stanowi *salus animarum*. Obok argumentów o proveniencji teologicznej kanoniści wyrazili w swoich pismach również przekonanie o społecznym znaczeniu zawieranych umów – utrzymywanie pokoju we wspólnocie chrześcijan poprzez dotrzymywanie umów także prowadziło do uznania nakazu zachowywania wszystkich umów. Drogę do sformułowania tych argumentów dała im podstawa źródłowa, odmienna od tej dostępnej dla prawników *ius civile*, co okazało się mieć decydujące znaczenie. Uzasadniając skuteczność wszystkich umów położyli fundament pod swobodę umów, który lapidarnie wyraża formuła *pacta sunt servanda*.

O ile dla prawników *ius civile* w okresie średniowiecza nie było to zagadnienie istotne, wszak wiążąca moc umów zależna była od formy ich zawarcia lub określonych w prawie *substantialia contractus*, o tyle w okresie nowożytnym *ratio* wiążącej mocy umów mocno zajmowała prawników, choć zagadnienie to było przedmiotem kontrowersji. Inaczej bowiem przedstawiało się uzasadnienie skuteczności wszystkich umów u tych, którzy przyjęli argumentację kanonistyczną i na niej budowali koncepcje będące załączkiem ogólnej teorii umów, a inaczej postrzegali je ci, dla których autorytet kanonistów nie miał znaczenia. W rzeczywistości jednak kanonistyka dla wszystkich stanowiła punkt odniesienia i argument faktyczny na rzecz uznania zaskarżalności wszystkich umów. Obok tego, przykładowo, w szkole prawa natury wychodząc od obiektywnego porządku naturalnego uznano wiążący charakter wszystkich umów, co z czasem doprowadziło do ukształtowania dogmatycznej

definicji umowy, która miała charakter generalny. Spojrzenie na historię swobody umów potwierdza, że prawnicy dawno już dostrzegli, iż „doniosłość umowy nie zamyka się jedynie w ramach wymiany dóbr czy usług” a jej „zawarcie, treść, przekształcenia, wreszcie jej wykonanie stanowią wyraz nastawienia stron wobec ogólniejszych nakazów moralnych (...)”⁹³⁷.

Filozofia oświecenia oraz dorobek doktrynalny szkoły prawa natury i *usus modernus* dały podstawy dla powstania narodowych kodyfikacji prawa cywilnego, które zostały oparte na ogólnej teorii umów, w myśl której z ogólnej definicji umowy wynika i to, że ma ona charakter wiążący. Stąd też wynikało powszechne uznanie swobody umów za właściwy model regulowania stosunków kontraktowych. Wskutek tego straciło na znaczeniu pytanie o pierwotną *ratio* wiążącej mocy umów: skoro ogólna teoria umów gwarantowała swobodę kontraktowania, to nie było potrzeby pytać o pozaprawne znaczenie zawieranych porozumień. Dyskusja na temat roli umów w doktrynie skodyfikowanej toczy się więc na marginesie dogmatyki, inaczej niż ma to miejsce w przypadku prawa precedensowego: w *common law* teoria kontraktu kieruje swoją uwagę także ku uzasadnieniu wiążącego charakteru umów. Przedstawione w rozprawie spojrzenie na historię uzasadnienia swobody umów od średniowiecza po współczesność pozwala na sformułowanie kilku obserwacji końcowych.

Przyjmując za „odkrycie prawnicze” istotny dla prawoznawstwa akt poznania, który oddziałuje skutecznie na myśl prawniczą, można uznać doktrynę o zaskarżalności wszystkich umów za takie odkrycie, które prowadziło w kierunku uznania swobody umów za element europejskiej tradycji prawnej⁹³⁸. Nie było jednak jedyną zasługą średniowiecznej kanonistyki to właśnie odkrycie: w świetle przeprowadzonych badań można dostrzec istotną wartość także w tym, że dla obrony tejże swobody nauka prawa kanonicznego zaproponowała kompleksowe uzasadnienie oparte na argumentacji teologicznej, społecznej i prawnej. O ile oczywiste jest, że do dziś prawo prywatne w Europie korzysta z owoców tego odkrycia – niezależnie od tego, czy ze świadomością jego historii, czy bez niej – o tyle wydaje się zapomniany albo niedoceniany potencjał, który kanoniści przekazali w swojej argumentacji. Poprzez swoje prace już wpłynęli oni istotnie na historię prawa prywatnego, ale ten wpływ mogą wywierać nadal, jeśli tylko podejmie się próbę dostrzeżenia jego znaczenia.

Wydaje się, że znaczenie to nie wynika z tego, że kanoniści jako pierwsi zaproponowali uzasadnienie dla swobody umów, lecz raczej z tego, że uzasadnienie to ma

⁹³⁷ Sośniak (1986) 109.

⁹³⁸ Zob. wyżej 1.6.

charakter uniwersalny. Rozwinięte przez kanonistów argumenty mogą bowiem i dziś cieszyć się takim samym autorytetem jak w średniowieczu dla tych, którzy uznają te same podstawy teologiczne, które skłoniły kanonistów do odejścia od zasady *ex nudo pacto actio non oritur*. Równocześnie i na forum świeckim, bez odniesienia do argumentacji religijnej, przesłanie kanonistów ma takie cechy, dzięki którym można je uznać za relewantne. Argumentacja teologiczna w istocie oparta jest na argumencie etycznym, wedle którego wartością jest danie słowa i wierność wobec złożonej obietnicy. Jednocześnie z perspektywy etycznej jako naganne ocenia się złamanie danego słowa i niewykonanie umowy, z uwagi na zło, jakie z tego wynika dla obu stron. Dla związanego swoim słowem, zło to polega na sprzeczności między tym, co zostało wyrażone, a tym, co jest faktycznie realizowane, zaś dla beneficjenta jego przyrzeczenia, doznane zło to naruszenie jego zaufania. W ten sposób dokonuje się przejście do argumentu społecznego: tam, gdzie naruszone zostaje zaufanie drugiej strony, tam dochodzi też do negatywnych skutków społecznych – skoro umowa kształtuje relację między stronami, to pośrednio jest ona narzędziem, które ma skutki społeczne. Naruszenie umowy powoduje negatywne konsekwencje nie tylko dla obu stron umowy (choć już to ma znaczenie dla ogółu), ale prowadzi także do zmniejszenia globalnej wartości związanej z zawieraniem i przestrzeganiem umów. Zachowywanie umów leży nie tylko w interesie stron, ale i w interesie wszystkich, bowiem wszyscy korzystają z tego, że konwencjonalny układ stosunków umownych jest szanowany. Umowy mają i tę cechę, że służą utrwalaniu stanu społecznego postrzeganego jako wartościowy – w tym aspekcie można mieć nadzieję, że dostrzeżone zostanie znaczenie umów dla budowania wspólnoty opartej na wartościach.

Od zagrożenia grzechem i narażenia na utratę zbawienia można zatem przejść do rozpoznania wierności danemu słowu za wartość powszechnie uznawaną, a od pokoju we wspólnocie chrześcijan można dojść do budowania wartościowych społecznie relacji. Wydaje się, że argumentacja kanonistów ma cechy, które pozwalają ją określić jako uniwersalną, czego niezależnym potwierdzeniem jest i to, że analogiczne tezy formułowane są np. we współczesnej filozofii prawa czy psychologii behawioralnej. Można więc owocnie sięgać do średniowiecznej nauki prawa kanonicznego w celu poszukiwania odpowiedzi na pytanie o *ratio* wiążącej mocy umów.

Poznając tę *ratio* jednocześnie buduje się uzasadnienie dla swobody umów, która opiera się na uznaniu wiążącego charakteru wszystkich zawieranych umów. Kwestią kluczową pozostaje w szczególności określenie granic tej swobody, ale mając w argumentacyjnym instrumentarium opartą na pozaprawnych czynnikach *ratio* można znaleźć odpowiedzi i w tym zakresie. Walor argumentacyjny racji opracowanych przez kanonistów

mógłby znaleźć zastosowanie przykładowo w sprawach dotyczących umów nienazwanych czy w przypadku konieczności weryfikacji zgodności celu umowy z ustawowymi przesłankami kształtującymi granice swobody umów. W sytuacjach, kiedy sędzia musi spojrzeć szerzej na rozstrzyganą sprawę, pytając o treść i cel stosunku umownego, mógłby sięgnąć do argumentacji opartej na doświadczeniu historycznym dla lepszego uzasadnienia podjętej decyzji. Do tego jednak wskazana byłaby szersza refleksja doktrynalna nad *ratio* umów. Wobec kryzysu ogólnej teorii umów w prawie skodyfikowanym poszukiwanie dodatkowego uzasadnienia dla swobody umów jawi się jako konieczność. Skoro argumentacja kanonistyczna ma charakter uniwersalny, może okazać się źródłem inspiracji także dla współczesnej cywilistyki zorientowanej interdyscyplinarnie, co widać niekiedy w próbach korzystania z dorobku językoznawstwa, ekonomii czy psychologii.

Szczególne znaczenie zyskuje także kanonistyczne uzasadnienie *ratio* wiążącej mocy umów wobec coraz większego pluralizmu wartości we współczesnym społeczeństwie. Istnienie wielu konkurencyjnych, a nawet zwalczających się systemów aksjologicznych sprawia, że rośnie waga pytania o uniwersalność tych wartości, które legły u podstaw fundamentalnych wyborów prawa w Europie. Uniwersalny charakter kanonistycznego uzasadnienia ma też tę cechę, że pozwala obronić aktualność wynikających z tych wyborów zasad, a przez to potwierdza kulturową tożsamość europejskiego prawa.

Dodatkowym argumentem potwierdzającym uniwersalny charakter kanonistycznego uzasadnienia swobody umów są różne analogie z anglosaską teorią kontraktu. Można wskazać na funkcjonalne podobieństwa między średniowiecznym nakazem przestrzegania umów a teorią obietnicy, czy też na dopasowanie argumentacji społecznej kanonistów do kontraktowych teorii utylitarnych. Także w ramach różnych zagadnień szczegółowych dają się ująć podobieństwa i analogie między doktryną średniowieczną a anglosaską. Korzenie tych podobieństw są zapewne znacznie głębsze i wiążą się ze specyfiką jurysprudencji w porządku prawnym pozbawionym kodyfikacji i otwartym na argumentację pozaprawną, ale w przypadku badanej problematyki istotne znaczenie ma to, że uniwersalny charakter kanonistycznej argumentacji swoje potwierdzenie odnajduje także we współczesnej dyskusji kontraktowej. Jednocześnie może on stanowić jej ciekawe uzupełnienie, gdyż pomimo swojej otwartości na racje historyczne, wydaje się, że teoria kontraktu nie korzysta z dorobku kanonistyki. Skoro jednak obie mieszczą się w ramach zachodniej tradycji prawnej, to może być wartościowe ich wzajemne powiązanie.

Sięganie do doświadczenia prawniczego z przeszłości może mieć twórczy wpływ na poszukiwanie odpowiedzi na aktualne pytania, zaś historia prawa skierowana na wzbogacenie

dyskusji współczesnej właściwie realizuje swój cel. Wykorzystanie średniowiecznej argumentacji kanonistycznej na rzecz swobody umów może stanowić przykład takiego właśnie podejścia. Badając źródła historyczne w ich właściwym kontekście oraz śledząc losy ich interpretacji, można jednocześnie stawiać im pytania relewantne z punktu widzenia obecnej doktryny prawniczej. Te same pytania często bowiem nie zmieniają się przez wieki, a jedynie kontekst ich formułowania czy też sposób rozłożenia akcentów ulegają zmianie. Okazuje się, że i odpowiedzi na te pytania mogą brzmieć dzisiaj bardzo podobnie jak te formułowane setki lat temu, co może potwierdzać wartość sięgania do tradycji prawniczej, jako źródła inspirującego odpowiedzi na aktualne problemy.

ŹRÓDLA

Accursius (1627): Accursius, Glossa ad Institutiones Iustiniani, w: Iustinianus, Institutionum sive primorum totius iurisprudentiae Elementorum libri quatuor, Lugduni.

Albericus de Rosate (1573): Albericus de Rosate, Dictionarium Iuris tam Civilis, quam Canonici, Venetiis.

Althusius (1649): Johannes Althusius, Dicaeologicae libri tres, totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes, Francofurti.

Angelus Carletus de Clavasio (1578): Angelus Carletus de Clavasio, Summa Angelica de casibus conscientialibus, t. 2, Venetiis.

Antonius de Butrio (1578): Antonius de Butrio, Commentaria in quinque libros Decretalium, t. 1, Venetiae.

Aquinas (1897): Thomas Aquinas, Secunda Secundae Summae Theologiae a quaestione LVII ad quaestionem CXXII ad codices manuscriptos Vaticanos exacta cum commentariis Thomae de Vio Caietani ordinis praedicatorum S.R.E. Cardinalis cura et studio fratrum eiusdem ordinis, w: *idem*, Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P.M. edita, t. 9, Romae.

Azpilcueta (1607): Martín de Azpilcueta, Enchiridion sive manuale confessoriorum et poenitentium, Parisiis.

Baldus de Ubaldis (1539): Baldus de Ubaldis, Super quarto et quinto Codicis Iustiniani libris commentaria, Lugduni.

Baldus de Ubaldis (1578): Baldus de Ubaldis, Ad tres priores libros Decretalium Commentaria, Augustae Taurinorum.

Barbosa (1656): Agostinho Barbosa, Collectanea Doctorum tam veterum quam recentiorum in ius pontificium universum, Lugduni.

Barbosa (1657): Agostinho Barbosa, Praetermissa et additamenta ad Collectanea Doctorum in quinque Decretalium libros, Lugduni.

Barbosa (1659): Agostinho Barbosa, Iuris ecclesiastici universi libri tres, Lugduni.

Bernardus Papiensis (1576): Bernardus Papiensis, Breviarium extra, w: Antiquae collectiones Decretalium, red. A. Agustín, Ilerdae.

Bernardus Papiensis (1860): Bernardus Papiensis, Summa decretalium, w: Bernardus Papiensis Faventini episcopi Summa decretalium, red. E.A.T. Laspeyres, Regensburg.

Bernardus Parmensis (1484): Bernardus Parmensis, Casus longi super quinque libros Decretalium, Lovanii.

Bernardus Parmensis (1582): Bernardus Parmensis, Glossa ordinaria, w: Decretales D. Gregorii Papae IX suae integritati una cum glossis restitutae, Romae.

Böckelman (1721): Johann Friedrich Böckelman, Tractatus postumus de differentiis iuris civilis, canonici et hodierni, Traiecti ad Rhenum.

Böhmer (1738): Justus Henning Böhmer, Ius ecclesiasticum protestantium usum hodiernum iuris canonici iuxta series Decretalium ostendens et ipsis rerum argumentis illustrans, Halae Magdeburgicae.

Böhmer (1746): Justus Henning Böhmer, Introductio in ius Digestorum sensum pariter ac usum hodiernum singularum doctrinarum succinte exhibens, Halae Magdeburgicae.

Böhmer (1747): Justus Henning Böhmer, Exercitationes ad Pandectas in quibus praecipua Digestorum capita explicantur, antea sigillarim editae, nunc coniunctim secundum ordinem Pandectarum digestae, Hanoverae et Gottingae.

- Bruns (1839):** Canones apostolorum et conciliorum veterium selecti, red. H.T. Bruns, Berolini.
- Canisius (1649a):** Henricus Canisius, Praelectiones academicae in libros V Decretalium Gregorii P. IX, w: *idem*, Opera quae de iure canonico reliquit, Lovanii, 1-765.
- Canisius (1649b):** Henricus Canisius, Tractatus de differentiis iuris canonici et civilis, w: *idem*, Opera quae de iure canonico reliquit, Lovanii, 831-843.
- Comitoli (1615):** Paolo Comitoli, Doctrina de contractu universe ad scientiae methodum revocato in tres partes distributa, Lugduni.
- Connan (1609):** François Connan, Commentariorum Iuris Civilis libri decem, Hanoviae.
- Covarrubias (1553):** Diego de Covarrubias y Leyva, Relectio cap. Quamvis pactum. De pactis, libro Sexto, Salmanticae.
- Cujas (1722a):** Jaques Cujas, Ad libros II, III et IV Decretalium Gregorii IX recitationes solemnes, w: *idem*, Opera omnia in decem tomos distributa, vol. 6, Neapoli.
- Cujas (1722b):** Jaques Cujas, Commentaria accuratissima in libros Quaestionum Summi inter Veteres Iurisconsulti Aemilii Papiniani, w: *idem*, Opera omnia in decem tomos distributa, vol. 4, Neapoli.
- Cujas (1722c):** Jaques Cujas, In librum Codicis recitationes solemnes, w: *idem*, Opera omnia in decem tomos distributa, vol. 9, Neapoli.
- de Ercilla y Zúñiga (1828):** Alonso de Ercilla y Zúñiga, La Araucana. Poema, Madrid.
- Domat (1756):** Jean Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus, Paris.
- Doneau (1765a):** Hugues Doneau, Commentaria in Codicem Iustiniani, w: *idem*, Opera Omnia, vol. 7, Lucae.
- Doneau (1765b):** Hugues Doneau, Commentariorum de iure civili, w: *idem*, Opera Omnia, vol. 3, Lucae.
- Fagnani (1676):** Prospero Fagnani, Ius canonicum sive commentaria absolutissima in V libros Decretales, Coloniae Agrippinae.
- Favre (1659):** Antoine Favre, Rationalia in Pandectas. Opus quinque Tomis divisum, Lugduni.
- Felinus Sandeus (1570):** Felinus Sandeus, Commentaria in quinque libros Decretalium utilissima, *pars* 1, Venetiis.
- Franciscus Zabarella (1558):** Franciscus Zabarella, Lectura super primo Decretalium, Lugduni.
- García (1585):** Fortún García de Ercilla y Arteaga, Tractatus de ultimo fine iuris civilis et canonici, de primo principio et subsequentibus praeceptis, de derivatione et differentiis utriusque Iuris, et quid sit tenendum ipsa iustitia, Coloniae Agrippinae.
- García (1592):** Fortún García de Ercilla y Arteaga, Repetitio super Cap. 1 de Pactis diligenter recognita, et mendis expurgata, notis *idem* et argumentis de novo auctior facta w: *idem*, Commentaria in Titulo Digestis de Pactis, difficilem et uberrimum, omniumque contractuum parentem, cum Repetitione cap. 1. extra eodem titulo, Francofurti.
- Glück (1796):** Christian Friedrich von Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, t. 4, część 1, Erlangen.
- Goffredus de Trano (1519):** Goffredus de Trano, *Summa super titulis Decretalium*, Lugduni.
- Griesinger (1793):** Ludwig Friedrich Griesinger, Von der Verbindlichkeit der Verträge nach allgemeinen Grundsätzen und besonders nach dem württembergischen Recht, Tübingen.

Grocjusz (1646): Hugo Grocjusz, De iure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturae et gentium, item ius publici praecipua explicantur, Amsterdami.

Guido de Baysio (1481): Guido de Baysio, Rosarium Decretorum, s.l.

Guillelmus Durandus (1592): Guillelmus Durandus, Speculum iuris, Francofurti.

Heineccius (1747): Johann Gottlieb Heineccius, Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum, Francofurti ad Moenum.

Heineccius (1764): Johann Gottlieb Heineccius, Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum, Neapoli.

Henricus Bohicus (1576): Henricus Bohicus, In quinque Decretalium libros commentaria, Venetiis.

Hinschius (1863): Paul Hinschius, Decretales Pseudo-Isidorianae et Capitula Angilramni, Lipsiae.

Höpfner (1818): Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe, Frankfurt am Main.

Hostiensis (1512): Henricus de Segusio, Lectura sive Apparatus domini Hostiensis super quinque libris Decretalium, Argentini.

Hostiensis (1574): Henricus de Segusio, Summa aurea, Venetiis.

Huber (1733): Ulrik Huber, Positiones iuris secundum Institutiones et Pandectas ad primordia disciplinae usumque seculi adtemperatae, Amstelodami.

Huber (1749): Ulrik Huber, Praelectionum iuris civilis secundum Institutiones et Digesta Justiniani, Francofurti-Lipsiae.

Huguccio Pisanus (1188): Huguccio Pisanus, Summa Decretorum, rękopis Biblioteka Apostolica Vaticana, Vat. lat. 2280.

Innocentius IV (1570): Innocentius IV, Apparatus super quinque libris Decretalium, Francofurti ad Moenum.

Johannes Andreae (1612): Johannes Andreae, In Decretalium librum Novella Commentaria, Venetiis.

Johannes de Imola (1547): Johannes de Imola, Commentaria seu Lectura in Primum Decretalium librum, Lugduni.

Johannes Teutonicus (1582): Johannes Teutonicus, Glossa ordinaria, w: Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum una cum glossis, Romae.

Laurentius Hispanus (1218): Laurentius Hispanus, Glossa Palatina, rękopis Biblioteka Apostolica Vaticana, Pal. lat. 658.

Laymann (1748): Paul Laymann, Theologia moralis in quinque libros distributa, Norimbergae.

Lessius (1618): Leonardus Lessius, De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor, Parisiis.

Maestertius (1647): Jacobus Maestertius, De iustitia Romanarum legum libri duo repetitae praelectionis, Lugduni Batavorum.

Maier (1987): Le dossier du Donatisme, t. 1: Des origines à la mort de Constance II (303-361), Berlin.

Mantova Benavides (1558): Marco Mantova Benavides, Commentarium Iuris pontificii in omnes quattuor ordinarias Decretalium partes, Patavii.

Medina (1581): Juan de Medina, De poenitentia, restitutione, et contractibus, Ingolstadii.

Molina (1602): Luis de Molina, De iustitia et iure, Moguntiae.

- Müller (1738):** Peter Müller, Additiones, w: Georg Adam Struve, Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum, Francofurti et Lipsiae.
- Munier (1974):** Concilia Africae. A. 345 – A. 525, red. C. Munier, Turnholti 1974.
- Nettelblatt (1749):** Daniel Nettelblatt, Systema elementare universae iurisprudentiae positivae communis imperii romano germanici usui fori accomodatum in usum praelectionum adornatum, Halae Magdeburgicae.
- Nettelblatt (1767):** Daniel Nettelblatt, Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum, Halae Magdeburgicae.
- Nettelblatt (1781):** Daniel Nettelblatt, Systema elementare universae iurisprudentiae positivae germanorum communis generalis, Halae.
- Nicolaus de Ausimo (1474):** Nicolaus de Ausimo, Supplementum Summae Pisanellae, Venetiae.
- Nicolaus de Tudeschis (1591):** Nicolaus de Tudeschis, Commentaria Secundae Partis in Primum Decretalium Librum, Venetiis.
- Oldendorp (1541):** Johann Oldendorp, Collatio iuris civilis et canonici maximam adferens boni et aequi cognitionem, Coloniae.
- Oldendorp (1545):** Johann Oldendorp, Loci communes iuris civilis ex mendis tandem, et barbarie, in gratiam studiosorum utiliter restitui, Lugduni.
- Oldendorp (1601):** Johann Oldendorp, Sylloge exceptionum forensium: quibus rei conventi legitime defendi possunt, adversus iniquas actorum persecutiones, Francofurti.
- Oñate (1647):** Pedro de Oñate, De contractibus in genere tomus primus, nova methodo ex iuris utriusque legibus, theologorum et iurisperitorum placitis concinnatus, Romae.
- Paucapalea (1890):** Paucapalea, Summa Decretorum, w: Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani, red. J.F. von Schulte, Giessen.
- Petrus de Ancharano (1581):** Petrus de Ancharano, In quinque Decretalium libros facundissima commentaria, t. 1, Bononiae.
- Pirhing (1674):** Ehrenreich Pirhing, Ius canonicum in V libros Decretalium distributum nova methodo explicatum, Dilingae.
- Pothier (1835):** Robert-Joseph Pothier, Traité des Obligations, Bruxelles.
- Pufendorf (1672):** Samuel Pufendorf, De iure naturae et gentium libri octo, Londini Scanorum.
- Reiffenstuel (1735):** Anacletus Reiffenstuel, Ius canonicum universum clara methodo iuxta titulos quinque librorum Decretalium in quaestiones distributum, solidisque responsionibus, et de obiectionum solutionibus dilucidatum, Venetiis.
- Rittershausen (1668):** Konrad Rittershausen, Differentiarum iuris civilis et canonici seu pontificii libri septem, Argentorati.
- Soto (1569):** Domingo de Soto, De iustitia et iure, Lugduni.
- Struve (1725):** Burchard Gottlieb Struve, Bibliotheca iuris selecta secundum ordinem litterarium disposita atque ad singulas iuris partes directa, Ienae.
- Struve (1704):** Georg Adam Struve, Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis, Jenae.
- Struve (1738):** Georg Adam Struve, Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum, Francofurti et Lipsiae.
- Stryk (1717):** Samuel Stryk, Specimen usus moderni Pandectarum ad libros V. priores, Halae Magdeburgicae.

Stryk (1745): Samuel Stryk, *Continuatio altera usus moderni Pandectarum*, a libro XIII. usque ad XXII., Halae Magdeburgicae.

Télez (1756): Emanuel González Téllez, *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Gregorii IX*, Venetiis.

Thomasius (1688): Christian Thomasius, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, in positiones succinte contractae, in quibus hypotheses illustris Pufendorffii circa doctrinam iuris naturalis apodictice demonstrantur et corroborantur, praecepta vero iuris divini positivi universalis primum a iure naturali discince secernuntur, et perspicue explicantur, Francofurti-Lipsiae.

Thomasius (1708): Christian Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, in quibus ubique secernuntur principia, Halae-Lipsiae.

Thomasius (1713): Christian Thomasius, *Notae ad singulos Institutionum et Pandectarum Titulos varias iuris Romani antiquitates imprimis usum eorum hodiernum in foris Germaniae ostendentes*, Halae Magdeburgicae.

Vincentius Belvacensis (1591): Vincentius Belvacensis, *Speculum maius*, t. 2: *Speculum doctrinale*, Venetiae.

Vinnius (1646): Arnold Vinnius, *De pactis tractatus*, Lugduni Batavorum.

Vinnius (1665): Arnold Vinnius, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius Academicus et Forensis*, Amstelodami.

Voet (1726): Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*. In quo praeter Romani iuris principia ac controversias illustriores, ius etiam hodiernum, et praecipuae fori quaestiones excutiuntur, Hagae-Comitum.

Wesenbeck (1585): Matthaeus Wesenbeck, *In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Commentarii*, Lugduni.

Windeck (1604): Johann Paul Windeck, *De theologia iureconsultorum libri duo*, Coloniae Agrippinae.

Wolff (1743): Christian Wolff, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*. Pars tertia, de modo derivativo acquirendi dominium et ius quodcumque praesertim in re alterius: ubi et agitur de officiis circa sermonem, iuramentis ac votis, nec non usucapione et praescriptione, Halae Magdeburgicae.

Wolff (1774): Christian Wolff, *Institutiones iuris naturae et gentium in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et iura omnia deducuntur*, Halae Magdeburgicae.

LITERATURA

- Abellán (2004):** Joaquín Abellán, Johannes Althusius, *JU*, 2.306-307.
- Alburquerque (2004):** Juan Miguel Alburquerque, Hugues Doneau, *JU*, 2.232-238.
- Alexandrowicz (2013):** Piotr Alexandrowicz, Powszechna i stała opinia uczonych (kan. 19 KPK) – nauka prawa jako środek uzupełniania luk w prawie kanonicznym, „Prawo i Kościół” 5, 79-90.
- Alexandrowicz (2014):** Piotr Alexandrowicz, Powstanie Dekretu Gracjana jako przykład żywotności prawa rzymskiego, „Adam Mickiewicz University Law Review” 3, 13-24.
- Alexandrowicz (2015):** Piotr Alexandrowicz, Glosa Huguccia do C.12, q.2, c.66. Od obietnicy do zobowiązania, „Prawo i Kościół” 7, 51-67.
- Alexandrowicz (2017):** Piotr Alexandrowicz, Prawo kanoniczne – dekodyfikacja od zarania kodyfikacji, w: Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu, red. F. Longchamps de Brier, Warszawa, 217-232.
- Alexandrowicz (2018a):** Piotr Alexandrowicz, Canon Plerique (c.56) of the Fourth Lateran Council Within the Development of the Principle Pacta Sunt Servanda, w: The Fourth Lateran Council and the Development of Canon Law and the ius commune, red. A. Massironi, A.A. Larson, Turnhout, 221-233.
- Alexandrowicz (2018b):** Piotr Alexandrowicz, Leges non dedignantur sacros canones imitari: Canonical Reinterpretation of Justinian’s Novel (83,1) in Lucius III’s Decretals, „Bulletin of Medieval Canon Law” 35, 185-214.
- Alexandrowicz (2018c):** Piotr Alexandrowicz, Znaczenie dekretu Intelleximus (X 5.32.1) w procesie recepcji prawa rzymskiego w XIII-wiecznej kanonistyce, Poznań-Kraków.
- Alexandrowicz (2019):** Piotr Alexandrowicz, Bible Citations in the Reasoning of Classical Canonists on the Example of Discovery of Freedom of Contract, w: Proceedings of the Fifteenth International Congress of Medieval Canon Law: Paris, 17-23 July 2016, red. F. Roumy et al., Città del Vaticano (w druku).
- Almira (2004):** Magdalena Martínez Almira, Hugocio de Pisa, *JU*, 1.366-399.
- Alvarado (2004):** Javier Alvarado, Diego de Covarrubias y Leyva, *JU*, 2.202-206.
- Ancel (1999):** Pascal Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, „Revue trimestrielle de droit civil” 4, 771-810.
- Andrzejewski (2014):** Jan Andrzejewski, Czy nowa kodyfikacja prawa cywilnego jest potrzebna w czasie kryzysu prawa?, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 76(1), 77-90.
- Atiyah (2001):** Patrick Selim Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford.
- Atiyah (2003):** Patrick Selim Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford.
- Atiyah/Smith (2005):** Patrick Selim Atiyah, Stephen A. Smith, *Atiyah’s Introduction to the Law of Contract*, Oxford.
- Bacigalupo Saggese (2004):** Mariano Bacigalupo Saggese, Ulrik Huber, *JU*, 2.444-446.
- Bagchi (2016):** Aditi Bagchi, *Distributive Justice and Contract*, *PFCL*, 193-211.
- Baker (2003):** John Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, t. 6: 1483-1558, Oxford.
- Barbour (1914):** Willard Titus Barbour, *The History of Contract in Early English Equity*, w: *Oxford Studies in Social and Legal History*, t. 4, red. P. Vinogradoff, Oxford, 1-238.

- Bärmann (1961):** Johannes Bärmann, *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel*, „Revue international de droit comparé” 13(1), 18-53.
- Barnett (1986):** Randy E. Barnett, *A Consent Theory of Contract*, „Columbia Law Review” 86, 269-321.
- Barnett (2016):** Randy E. Barnett, *Contract Is Not Promise; Contract Is Consent*, *PFCL*, 42-57.
- Barrientos Grandon (2004):** Javier Barrientos Grandon, *Matthaeus Wesenbeck*, *JU*, 2.246-248.
- Barton (1969):** J.L. Barton, *The Early History of Consideration*, „The Law Quarterly Review” 85(3), 372-391.
- Barton (1974):** J.L. Barton, *Introduction*, w: T.F.T. Plucknett, J.L. Barton, *St. German's Doctor and Student*, London, xi-lxvii.
- Bączkiewicz (1957):** Franciszek Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, Opole.
- Bączyk (2002):** Kinga Bączyk, *Zasada swobody umów w prawie polskim*, w: *Przemiany polskiego prawa*, t. 2, red. E. Kustra, Toruń, 35-64.
- Beck Varela (2016):** Laura Beck Varela, *Vinnius, Commentary on the Institutes*, *FTWLC*, 197-200.
- Behrends (1981):** Okko Behrends, *Treu und Glauben: zu den christlichen Grundlagen der Willenstheorie im heutigen Vertragsrecht*, w: *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, red. L. Lombardi Vallauri, G. Dilcher, Baden-Baden-Milano, 957-1006.
- Bellini (1964):** Piero Bellini, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico: con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano.
- Benson (1995):** Peter Benson, *The Idea of a Public Basis of Justification for Contract*, „Osgoode Hall Law Journal” 33(2), 273-336.
- Benson (2001):** Peter Benson, *The Unity of Contract Law*, w: *The Theory of Contract Law: New Essays*, red. P. Benson, Cambridge, 118-205.
- Bergfeld (1977):** Christoph Bergfeld, w: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, t. 2: *Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, część 1: *Wissenschaft*, red. H. Coing, München.
- Bergfeld (1997):** Christoph Bergfeld, *Staat und Gesetz, Naturrecht und Vertrag bei Grotius und Heineccius*, w: *Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie*, *Zweites deutsch-französisches Symposium vom 12. bis 15. März 1997 in der Herzog August Bibliothek Wolfenbüttel*, red. J.-F. Kervégan, H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, 95-119.
- Berman (1983):** Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge-London.
- Berman (1986):** Harold J. Berman, *The Religious Sources of General Contract Law: An Historical Perspective*, „Journal of Law and Religion” 4(1), 103-124.
- Berman (2003):** Harold J. Berman, *Law and Revolution*, t. 2: *The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge.
- Bermejo Castrillo (2004):** Manuel A. Bermejo Castrillo, *Juan Teutónico*, *JU*, 1.407-9.
- Biernacki (2014):** Richard Biernacki, *Cultural coherence in early modern England: The invention of contract*, „American Journal of Cultural Sociology” 2(3), 277-299.

- Bierzanek (1957):** Remigiusz Bierzanek, Wstęp, w: Hugo Grotius, Trzy księgi o prawie wojny i pokoju, w których znajdują wyjaśnienie prawo natury i prawo narodów a także główne zasad prawa publicznego, tłum. R. Bierzanek, Warszawa, 5-42.
- Birocchi (1997):** Italo Birocchi, Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, t. 1: Il Cinquecento, Torino.
- Bix (2012):** Brian H. Bix, Contract Law: Rules, Theory, and Context, Cambridge.
- Bix (2015):** Brian H. Bix, rec., Philosophical Foundations of Contract Law, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, „Cambridge Law Review” 74, 619-621.
- Blanch Nougés (2003):** Juan Manuel Blanch Nougés, Alberico de Rosciate, JU, 1.513-517.
- Brugnotto (1999):** Giuliano Brugnotto, L'aequitas canonica. Studio e analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense), Roma.
- Brundage (1995):** James A. Brundage, Medieval Canon Law, London-New York.
- Brzozowski (2016):** Adam Brzozowski, w: A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, Zobowiązania: część ogólna, Warszawa.
- Buchholtz (1991):** Stephan Buchholtz, Justus Henning Böhmer (1674-1749) und das Kirchenrecht, „Ius Commune” 18, 37-49.
- Buczkowski (1961):** Stefan Buczowski, Zasada wolności umów, „Państwo i prawo” 3, 430-437.
- Burton (1995):** Steven J. Burton, Principles of Contract Law, St. Paul.
- Bydlinski (1967):** Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien-New York.
- Całus (2010):** Andrzej Całus, Podejście legislacyjne do instytucji „swoboda umów” w prawie francuskim i niemieckim na tle zasad modelowych, w: Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane, red. B. Gnela, Warszawa, 19-38.
- Capitant (1923):** Henri Capitant, De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs), Paris.
- Caro (1931):** Leopold Caro, Solidaryzm: jego zasady, dzieje i zastosowania, Lwów.
- Caron (1972):** Pier Giovanni Caron, Influenza del «mos italicus docendi» sulla dottrina canonistica della «communis opinio doctorum», in: Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor, Roma, 1.103-118.
- Carpintero/Quirós (2004a):** Francisco Carpintero, José Justo Megías Quirós, Christian Thomasius, JU, 2.471-476.
- Carpintero/Quirós (2004b):** Francisco Carpintero, José Justo Megías Quirós, Christian Wolff, JU, 2.514-519.
- Chen-Wishart (2012):** Mindy Chen-Wishart, Contract Law, Oxford.
- Coing (1985):** Europäisches Privatrecht, t. 1: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München.
- Coing (1995):** Helmut Coing, English Equity and the denunciatio evangelica of the Canon Law, „The Law Quarterly Review” 71, 223-241.
- Collinet (1932):** Paul Collinet, The Evolution of Contract as Illustrating the General Evolution of Roman Law, „Law Quarterly Review” 48, 488-494.
- Condorelli (2015):** Orazio Condorelli, Pietro d'Ancarano, DBI, 83.
- Corriente (2004):** José Antonio Corriente, Hugo Grocio, JU, 2.334-342.
- Coumaros (1931):** Nicolas Coumaros, La role de la volonté dans l'acte juridique, t. 1: Etude critique de la conception classique, Paris.

- Craswell (2001):** Richard Craswell, Two Economic Theories of Enforcing Promises, w: *The Theory of Contract Law: New Essays*, red. P. Benson, Cambridge, 19-44.
- Cuena (2004):** Francisco Cuena, Agostinho Barbosa, *JU*, 2.360-362.
- Czachórski (2009):** Witold Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, red. A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, Warszawa.
- Dajczak (1998):** Wojciech Dajczak, *Zwrot bona fides w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*, Toruń.
- Dajczak (2007):** Wojciech Dajczak, *Rzymska res incorporalis a kształtowanie się pojęć »rzeczy« i »przedmiotu praw rzeczowych« w europejskiej nauce prawa prywatnego*, Poznań.
- Dajczak (2012a):** Wojciech Dajczak, „Natura umowy” jako element argumentacji prawniczej. Doświadczenie nauki prawa rzymskiego a kontrowersje w interpretacji art. 353¹ k.c., w: *Proces cywilny: nauka - kodyfikacja - praktyka: księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik, Warszawa, 1101-1116.
- Dajczak (2012b):** Wojciech Dajczak, *The Nature of the Contract in Reasoning of Civilian Jurists*, Poznań.
- Dajczak (2013a):** Wojciech Dajczak, *Die römisch-rechtliche Tradition und die Frage nach dem ökonomischen Sinn des Guten und Bösen*, w: *Krakauer-Augsburger Rechtsstudien. Die Rolle des Rechts in der Zeit der Wirtschaftlichen Krise*, red. J. Stelmach, R. Schmidt, Warszawa, 9-21.
- Dajczak (2013b):** Wojciech Dajczak, *The Authority of the Roman Jurist*, w: *Authority in the past and present: sources and social functions*, red. K. Iłski, K. Marchlewicz, Poznań, 39-49.
- Dajczak (2014):** Wojciech Dajczak, *Kodeks zobowiązań jako lekcja metody prawnoporównawczej*, „*Kwartalnik Prawa Prywatnego*” 23(4), 829-854.
- Dajczak (2017):** Wojciech Dajczak, *Amerykańska zapowiedź „śmierci umowy” na tle tradycji romanistycznej*, w: *Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, red. F. Longchamps de Bériet, Warszawa, 87-102.
- Dajczak (2018):** Wojciech Dajczak, *Der Allgemeine Teil des Privatrechts im Kontext der mathematischen Inspirationen der Rechtswissenschaft ab dem 17. Jh. bis zur Entstehung der pandektistischen Systematik*, w: *Der Allgemeine Teil des Privatrechts: historische Wurzeln - Leistungsfähigkeit im 21. Jahrhundert*, red. C. Baldus, W. Dajczak, Berlin, 43-68.
- Dajczak/Giaro/Longchamps de Bériet (2018):** Wojciech Dajczak, Tomasz Giaro, Franciszek Longchamps de Bériet, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa.
- Dajczak/Longchamps de Bériet (2012):** Wojciech Dajczak, Franciszek Longchamps de Bériet, *Prawo rzymskie w czasach dekodyfikacji*, „*Forum Prawnicze*” 10(2), 8-22.
- Dalla (2008):** Danilo Dalla, *Pacta servabo, pacta servanda*, *Studi in onore di Remo Martini*, Milano, 1.815-825.
- de Aguirre (2004):** Carlos Martínez de Aguirre, Robert Joseph Pothier, *JU*, 2.582-586.
- de Bruijn (2016):** Niels de Bruijn, Doneau, *Commentaries on Civil Law, FTWLC*, 136-138.
- de la Hera (2004):** Alberto de la Hera, Sinibaldo Fieschi (Inocencio IV), *JU*, 1.430–434.
- de Luca (1947):** Luigi de Luca, *Aequitas canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germain*, „*Ephemerides Iuris Canonici*” 3(1), 46-66.
- de Pablo Contreras (2004):** Pedro de Pablo Contreras, Johann Gottlieb Heinecke, *JU*, 2.522-524.

- Decock (2009):** Wim Decock, Jesuit freedom of contract, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 77, 423-458.
- Decock (2013):** Wim Decock, Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650), Leiden-Boston.
- Decock (2016):** Wim Decock, Molina, On Justice and Right, FTWLC, 142-144.
- Decock/Birr (2016):** Wim Decock, Christiane Birr, Recht und Moral in der Scholastik der Frühen Neuzeit 1500-1750, Berlin.
- Denis (1942):** J. Denis, Canisius (Henri), DDC 3, col. 1282-1283.
- Denzer (1972):** Horst Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf, Munich.
- Derek (2015):** Michał Derek, Indywidualizm czy socjologizm? Zasada swobody umów w projektach polskiego kodeksu zobowiązań z 1933 roku na tle porównawczym, „Czasopismo prawnohistoryczne” 67(2), 169-191.
- Dębiński (2007):** Antoni Dębiński, Kościół i prawo rzymskie, Lublin.
- Dębiński (2008):** Antoni Dębiński, Czy Kościół żyje prawem rzymskim?, w: Studia historycznoprawne. Tom poświęcony pamięci prof. Edwarda Szymoszk (Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo 305), red. A. Konieczny, Wrocław, 59-68.
- Dębiński (2009):** Antoni Dębiński, Prawo rzymskie – fons suppletorius prawa kanonicznego, w: Finis legis Christus. Księga pamiątkowa dedykowana Ks. Prof. Wojciechowi Góralskiemu z okazji 70-tej rocznicy urodzin, red. J. Wroceński et al., Warszawa, 2.1009-1018.
- Dieselhorst (1959):** Malte Diesselhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, Köln-Graz.
- Dilcher (1960):** Hermann Dilcher, Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht, ZRG RA 77(1), 270-303.
- Diódsi (1981):** Györgi Diódsi, Contract in Roman Law: From the Twelve Tables to the Glossators, Budapest.
- Dölle (1958):** Odkrycia prawnicze, tłum. H. Trammer, Warszawa 1958 (=idem, Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des Zweiundvierzigsten Deutschen Juristentags in Düsseldorf 1957, t. II, B, Tübingen; =Zivilrechtlicher Entdecker, red. T. Hoeren, München 2001, 5-33).
- Domanski (2013):** Andrew Domanski, Fundamental principles of law and justice in the opening title of Johannes Voet's Commentarius ad Pandectas, „Fundamina” 19(2), 251-265.
- Domański (1936):** Ludwik Domański, Instytucje kodeksu zobowiązań: komentarz teoretyczno-praktyczny: część ogólna, t. 1, Warszawa.
- Domingo (2004a):** Rafael Domingo, Bernardo de Parma, JU, 1.442-444.
- Domingo (2004b):** Rafael Domingo, Francisco Zabarella, JU, 1.537-539.
- Domingo (2004c):** Rafael Domingo, Georg Adam Struve, JU, 2.400-402.
- Domingo (2004d):** Rafael Domingo, Guido de Baisio, el Archidiácono, JU, 1.483-485.
- Domingo (2004e):** Rafael Domingo, Samuel Stryk, JU, 2.446-449.
- Donahue (1991-1992):** Charles Jr. Donahue, Ius Commune, Canon Law, and Common Law in England, „Tulane Law Review” 66, 1745-1780.
- Dondorp (2016):** Harry Dondorp, Bona fides presumitur in classical Canon Law, ZRG KA 102, 99-122.
- Dondorp/Schrage (2010):** Harry Dondorp, Eltjo J.H. Schrage, The Sources of Medieval Learned Law, w: The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula, red. J.W. Cairns, P.J. du Plessis, Edinburgh, 7-56.

- Downes (1987):** T. Antony Downes, *A Textbook on Contract*, London.
- Duve (2003):** Thomas Duve, Konrad Rittershausen, w: *Neue Deutsche Biographie*, Berlin, 21.670-671.
- Duve (2009):** Thomas Duve, *Kanonistisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik*, w: *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, t. 1: *Zivil- und Zivilprozessrecht*, red. O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel, Köln-Weimar-Wien, 389-408.
- Dworkin (1998):** Ronald Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa.
- Dziadzio (2008):** Andrzej Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa.
- Eisenberg (2014):** Melvin A. Eisenberg, *Behavioral Economics and Contract Law*, w: *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, red. E. Zamir, D. Teichman, Oxford, 405-437.
- Eisenhart (1889):** August Ritter von Eisenhart, Rittershausen, Konrad, w: *Allgemeine Deutsche Biographie*, Leipzig, 28.698-701.
- Erasmus (2016):** Hendrik Jacobus Erasmus, *Natural law: Voet's criticism of De Groot*, „*Fundamina*” 22, 40-52.
- Esmein (1888):** Adhémar Esmein, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, Paris.
- Fedele (1937):** Pio Fedele, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, „*Annali dell'Università di Macerata*” 11, 115-200.
- Feenstra (1972):** Robert Feenstra, *L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans le questions du fond et de form concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause*, w: *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 16-19 ottobre 1972)*, red. P. Grossi, Milano, 377-402.
- Feenstra (1982):** Robert Feenstra, *Jacobus Maestertius (1610-1658) – Zijn juridisch onderwijs in Leiden en het Leuvense disputatiesysteem van Gerardus Corselius*, „*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*” 50, 297-335.
- Feenstra (1992):** Rober Feenstra, *Die Klagbarkeit der pacta nuda*, w: *Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, red. R. Feenstra, R. Zimmermann, Berlin, 123-144.
- Feenstra (2004):** Robert Feenstra, *Heineccius in den alten Niederlanden*, Ein bibliographischer Beitrag, „*Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*” 72(3-4), 297-326.
- Feenstra/Waal (1975):** Robert Feenstra, Cornelis Jan Dirk Waal, *Seventeenth-century Leyden law professor and their influence on the development of the civil law: a study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam.
- Feine (1956):** Hans Erich Feine, *Vom Vortleben des römischen Rechts in der Kirche*, ZRG KA 52, 1-24.
- Fenet (1836):** Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris.
- Ferme (2004):** Brian Ferme, Antonio de Butrio, JU, 1.535-537.
- Ferme (2007):** Brian Edwin Ferme, *Introduction to the History of the Sources of Canon Law: The Ancient Law up to the Decretum of Gratian*, tłum. W.J. King, Montreal.
- Ferrer Ortiz (2004):** Javier Ferrer Ortiz, Enrique de Susa (el Hostiense), JU, 1.444-448.
- Fierich (1919):** Franciszek Ksawery Fierich, *Rzut oka na najważniejsze zadania prac kodyfikacyjnych*, „*Przegląd Prawa i Administracji*” 44, 279-297.

- Fierich (1928):** Franciszek Ksawery Fierich, Unifikacja ustawodawstwa, w: Dziesięciolecie Polski Odrodzonej: księga pamiątkowa 1918-1928, red. P. Lot, Kraków-Warszawa, 263-274.
- Foriers (2007):** Paul Alain Foriers, Espaces de liberté en droit des contrats, w: Les espaces de liberté en droit des affaires. Séminaire organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, 25-60.
- Fornés (2004):** Juan Fornés, Bernardo da Pavia, JU, 1.375-378.
- Fransen (1986):** Gerard Fransen, Écriture Sainte et droit canonique, „Revista Española de derecho canónico” 43, 7-22.
- Fried (2015):** Charles Fried, Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation, Oxford.
- Fried (2016):** Charles Fried, The Ambitions of Contract as Promise, PFCL, 17-41.
- Fuchs (2018):** Bernadetta Fuchs, w: Kodeks cywilny. Komentarz, t. 3: Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534), red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa.
- Gächtner (2014):** Simon Gächtner, Human Prosocial Motivation and the Maintenance of Social Order, w: The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, red. E. Zamir, D. Teichman, Oxford, 28-60.
- Galán (2004):** Mercedes Galán, Luis de Molina, JU, 2.254-257.
- García Caveró (2004):** Perci García Caveró, Johann Oldendorp, JU, 2.137-140.
- García Garrido (2004):** Manuel Jesús García Garrido, Baldo de los Ubaldos, JU, 1.530-534.
- García y García (2004):** Antonio García y García, Felino Sandeo, JU, 1.562-563.
- Garofalo (2018):** Andrea Maria Garofalo, Le regole costitutive del contratto: contributo allo studio dell'autonomia privata, Napoli.
- Gaudemet (1951):** Jean Gaudemet, La doctrine des sources du droit dans le décret de Gratien, „Revue de droit canonique” 1, 5-31 (=idem, La formation du droit canonique médiéval, 1980 London, num. VIII).
- Gaudemet (1957):** Jean Gaudemet, La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles, Paris.
- Gaudemet (1958):** Jean Gaudemet, L'Église dans l'Empire romain (IV^e-V^e siècles), Paris.
- Gaudemet (1984):** Jean Gaudemet, La Bible dans les Collections canoniques, w: Le Moyen Âge et la Bible, red. P. Riché, G. Lobrichon, Paris, 327-369 (=idem, Formation du droit canonique et gouvernement de l'Église de l'Antiquité à l'âge classique. Recueil d'articles, Strasbourg, 2008, num. 4, 93-138).
- Giaro (2007):** Tomasz Giaro, Römische Rechtswahrheiten: ein Gedankenexperiment, Frankfurt am Main.
- Giaro (2011):** Tomasz Giaro, Prawo i historia prawa w dobie globalizacji. Nowe rozdanie kart, w: Prawo w dobie globalizacji, red. T. Giaro, Warszawa, 73-88.
- Giaro (2017):** Tomasz Giaro, Dekodyfikacja. Uwagi historyczno-teoretyczne, w: Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu, red. F. Longchamps de Brier, Warszawa, 13-37.
- Gilmore (1995):** Grant Gilmore, The Death of Contract, Columbus.
- Ginossar (1963):** Samuel Ginossar, Liberté contractuelle et respect des droits des tiers: émergence du délit civil de fraude, Paris.
- Gintowt (1960):** Edward Gintowt, Rzymskie prawo prywatne w epoce postępowania legisykcyjnego (od decemwiratu do lex Aebutia), Warszawa.

- Golecki (2008):** Mariusz Golecki, Synallagma. Filozoficzne podstawy odpowiedzialności kontraktowej w klasycznym prawie rzymskim, Toruń.
- Gordley (1991):** James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford.
- Gordley (1995):** James Gordley, Enforcing Promises, „California Law Review” 83, 547-614.
- Gordley (2007):** James Gordley, Morality and Contract: The Question of Paternalism, „William and Mary Law Review” 48, 1733-1772.
- Gordon (2016):** Greg Gordon, rec. Philosophical Foundations of Contract Law, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, „Edinburgh Law Review” 20, 417-418.
- Gottschalk (1866):** Gustav Gottschalk, Ueber den Einfluss des Römischen Rechts auf das canonische Rechts resp. das canonische Rechtsbuch, Mannheim 1866.
- Gómez-Iglesias (2004):** Ángel Gómez Iglesias, Antoine Favre, JU, 2.303-306.
- Górnicki (2000):** Leonard Górnicki, Prawo cywilne w pracach komisji kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w latach 1919-1939, Wrocław.
- Górnicki (2012):** Leonard Górnicki, O pojęciu i znaczeniu wielkich kodeksów cywilnych. W związku z książką Katarzyny Sójki-Zielińskiej Wielkie kodyfikacje cywilne. Historia i współczesność, „Kwartalnik prawa prywatnego” 21(1), 51-89.
- Grossi (1972),** La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Atti dell'incontro di studio (Firenze, 16-19 ottobre 1972), red. P. Grossi, Milano.
- Guść (1997):** Janusz Guść, O właściwości (naturze) stosunku prawnego, „Państwo i Prawo” 52(4), 16-25.
- Gutowski (2019):** Maciej Gutowski, w: Kodeks cywilny, t. 2: Komentarz. Art. 353-626, red. M. Gutowski, Warszawa.
- Gwiazdomorski (1960):** Jan Gwiazdomorski, Czy art. 55 kz obowiązuje?, „Nowe prawo” 16(11), 1478-1485.
- Halberda (2012a):** Jan Halberda, Historia zobowiązań quasi-kontraktowych w common law, Kraków.
- Halberda (2012b):** Jan Halberda, Slade's case (1602) w świetle przemian angielskiego procesu i prawa zobowiązań, w: Pro memoria. Księga dla uczczenia pamięci Profesor Krystyny Kamińskiej, red. A. Gaca, Toruń 2013, s. 58-82.
- Heirbaut (2005):** Dirk Heirbaut, Comparative law and Zimmerman's new ius commune: a life line or a death sentence for legal history? Some reflections of the use of legal history for comparative law and vice versa, w: Ex iusta causa traditum: Essays in Honour of Eric H. Pool, red. R. van den Bergh, Unisa, 136-153.
- Helmholz (1975):** Richard H. Helmholz, Assumpsit and fidei laesio, „The Law Quarterly Review” 91, 406-32.
- Helmholz (1990):** Richard H. Helmholz, Contracts and the Canon Law: Possible Points of Contact between England and the Continent, w: Towards a General Law of Contract, ed. J. Barton, Berlin, 49-65.
- Helmholz (1994):** Richard Helmholz, The Bible in the Service of the Canon Law, „Chicago-Kent Law Review”, 70, 1557-1581.
- Helmholz (2004):** Richard H. Helmholz, The Oxford History of the Laws of England, t. 1: The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s, Oxford.
- Helmholz (2010):** Richard Helmholz, The Spirit of Classical Canon Law, Athens-London.

- Helmholz (2016):** Richard H. Helmholz, The Canon Law of Oaths and English Commercial Law: Some historical connections, w: Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, t. 5: Das Recht der Wirtschaft, red. D. von Mayenburg, O. Condorelli, F. Roumy, M. Schmoeckel, Köln-Weimar-Wien, 187-202.
- Hemperek/Góralski (1995):** Piotr Hemperek, Wojciech Góralski, Historia źródeł i nauki prawa kanonicznego, Lublin.
- Herman (2003):** Shael Herman, Specific Performance: a Comparative Analysis (2), „Edinburgh Law Review” 7(2), 194-217.
- Hespanha (2016):** António Manuel Hespanha, Barbosa, Various Legal Dissertations, FTWLC, 202-205.
- Hewett (2010):** Margaret Hewett, Ulric Huber (1636-1694): 'De ratione juris docendi & discendi diatribe per modum dialogi: nonnullis aucta paralipomenois': with a translation and commentary, Nijmegen.
- Hilling (1904):** Nikolaus Hilling, Felinus Sandeus, Auditor der Rota, „Archiv für katholisches Kirchenrecht” 84, 94–106.
- Hirata (2006):** Alessandro Hirata, Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich von Glück (1755-1831), ZRG RA 123, 330–343.
- Hoeflich (1997):** Michael H. Hoeflich, Vinnius and the Anglo-American Legal World: Study in the Distribution and Use of a Dutch Civilian Author in the Common Law World, ZRG RA 114, 345-368.
- Hoeren (2001):** Zivilrechtlicher Entdecker, red. Thomas Hoeren, München.
- Hogg (2014):** Martin Hogg, Promises and Contract Law: Comparative Perspectives, Cambridge-New York.
- Holmes (1882):** Oliver Wendell Holmes, The Common Law, London.
- Holmes (1897):** Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, „Harvard Law Review” 10(8), 457-478.
- Horwitz (1974):** Morton J. Horwitz, The Historical Foundations of Modern Contract Law, „Harvard Law Review” 87(5), 917-956.
- Huber (1966):** Hans Huber, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin.
- Hyland (1993-1994):** Richard Hyland, Pacta Sunt Servanda: A Meditation, „Virginia Journal of International Law” 34, 405-433.
- Ibbetson (1984):** David Ibbetson, Sixteenth Century Contract Law: Slade's Case in Context, „Oxford Journal of Legal Studies” 4(3), 295-317.
- Ibbetson (2002):** David Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligations, Oxford.
- Insadowski (1939):** Henryk Insadowski, Prawo rzymskie jako źródło prawa kanonicznego, w: Księga pamiątkowa ku czci bpa M.L. Fulmana, t. 1: Wydziały kościelne, Lublin, 111-125.
- Izbicki (1984):** Thomas M. Izbicki, La Bible et les canonistes, w: Le Moyen Age et la Bible, red. P. Riché, G. Lobrichon, Paris, 371-384.
- Jansen (2018):** Katherine Ludwig Jansen, Peace and Penance in Late Medieval Italy, Princeton-Oxford, 2018.
- Jarra (1923):** Eugeniusz Jarra, Historia filozofii prawa, Warszawa.
- Jedliński/Mędrzecka (2003):** Adam Jedliński, Joanna Mędrzecka, Zasada swobody umów a ważność czynności prawnej, „Rejent” 13(5), 85-101.

- Jeremy (2000):** Anthony Jeremy, *Pacta sunt servanda. The Influence of Canon Law upon the Development of Contractual Obligations*, „Law & Justice. Christian Law Review“ 144, 4-17.
- Jodłowski (1961):** Jerzy Jodłowski, *W sprawie mocy obowiązującej art. 55 K.Z.*, „Nowe prawo” 17(1), 76-82.
- Josserand (1939):** Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français: conforme aux programmes officiels des facultés de droit, t.2: Théorie générale des obligations; les principaux contrats du droit civil; les suretés*, Paris.
- Kacprzak/Krzynówek/Wołodkiewicz (2001):** Agnieszka Kacprzak, Jerzy Krzynówek, Witold Wołodkiewicz, *Teksty 86 inskrypcji wraz z komentarzem*, w: *Regulae iuris: łacińskie inskrypcje na kolumnach Sądu Najwyższego Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa, 23-138.
- Kaczmarczyk/Wojciechowski (2012):** Aleksandra Kaczmarczyk, Rafał Wojciechowski, Robert-Joseph Pothier (1699-1772), „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 21(1), 5-49.
- Kaczorowska (2008):** Bogna Kaczorowska *Znaczenie współczesnej komparatystyki prawniczej na przykładzie analizy prawnoporównawczej swobody umów*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 5, 67-86.
- Kaczorowska (2009):** Bogna Kaczorowska *Rys historyczny kształtowania się swobody umów*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 6, 245-254.
- Kaczorowska (2015):** Bogna Kaczorowska, *Reguły wykładni umów w projektach prawa o zobowiązaniach i kodeksu zobowiązań: na marginesie dyskusji nad prawem prywatnym*, „Forum prawnicze” 31(5), 78-99.
- Kaczorowska (2018):** Bogna Kaczorowska, *Wykładnia umów obligacyjnych w świetle współczesnych tendencji rozwoju prawa prywatnego*, Opole-Wrocław.
- Kant (2009):** Immanuel Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, tłum. M. Wartenberg, Kęty.
- Karsten (1882):** C. Karsten, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters. Ein Beitrag zur inneren Geschichte der Reception des römischen Rechtes in Deutschland*, Rostock.
- Katz (2016):** Avery W. Katz, *Economic Foundations of Contract Law*, PFCL, 171-192.
- Kazazakis (2014):** Theodore I. Kazazakis, *The Treatment of Nuda Pacta in Byzantine Legal System*, „Journal on European History of Law” 5(2), 103-109.
- Kästle-Lamparter (2016):** David Kästle-Lamparter, *Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen.
- Kelley (2000):** Patrick J. Kelley, *Critical Analysis of Holmes's Theory of Contract*, „Notre Dame Law Review” 75, 1681-1773.
- Kendall (2015):** Grant Kendall, rec., *Philosophical Foundations of Contract Law*, red. G. Klass, G. Letsas, P. Saprai, „Osgoode Hall Law Journal” 52, 682-685.
- Kéry (2001):** Lotte Kéry, *Inquisitio-denuntiatio-exceptio: Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung im Derkretalenrecht*, ZRG KA 87, 226-268.
- Kędzierski (1937):** Kędzierski, *Zarys ogólny obecnych tendencyj w teorii umów*, „Głos Sądownictwa. Miesięcznik poświęcony zagadnieniom społeczno-prawnym i zawodowym” 9(12), 981-987.
- Kimel (2016):** Dori Kimel, *Personal Autonomy and Change of Mind in Promise and in Contract*, PFCL, 96-115.
- Kisch (1972):** Guido Kisch, *Studien zur humanistischen Jurisprudenz*, Berlin-New York.
- Klass (2016):** Gregory Klass, *Introduction to Philosophical Foundations of Contract Law*, PFCL, 1-13.

- Kolańczyk (2007):** Kazimierz Kolańczyk, Prawo rzymskie, Warszawa.
- Korporowicz (2015):** Łukasz Jan Korporowicz, Pacta sunt servanda w prawie kanonicznym, w: Pacta sunt servanda – nierealny projekt czy gwarancja ładu społecznego i prawnego?, red. E. Kozerska, P. Sadowski, A. Szymański, Kraków, 113-125.
- Koschembahr-Łyskowski (1925):** Ignacy Koschembahr-Łyskowski, W sprawie kodyfikacji naszego prawa cywilnego, Warszawa.
- Koschembahr-Łyskowski (1927):** Ignacy Koschembahr-Łyskowski, Cele i zadania polityki społecznej, Warszawa.
- Kraus (2004):** Jody J. Kraus, Philosophy of Contract Law, w: The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, red. J. Coleman, S. Shapiro, Oxford, 687-751.
- Kronman (1980):** Anthony T. Kronman, Contract and Distributive Justice, „Yale Law Journal” 89(3), 472-512.
- Kustra (2006):** Aleksandra Kustra, Wokół problemu multicentryczności systemu prawa, „Państwo i Prawo” 61(6), 85-99.
- Lambert (2009):** T.B. Lambert, Introduction: Some Approaches to Peace and Protection in the Middle Ages, w: Peace and Protection in the Middle Ages, red. T.B. Lambert, D. Rollason, Durham, 1-16.
- Landau (1999):** Peter Landau, Methoden des kanonischen Rechts in der frühen Neuzeit zwischen Humanismus und Naturrecht, „Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte“ 21, 7-28.
- Landau (2003):** Peter Landau, Pacta sunt servanda. Zu den kanonistischen Grundlagen des Privatautonomie, w: Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert. Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, red. M. Ascheri et al., Köln-Weimer-Wien, 457-474 (=idem, Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter. Ausgewählte Aufsätze aus den Jahren 1967 bis 2006 mit Addenda des Autors und Register versuchen Badenweiler 2013, 761-780).
- Landau (2004):** Peter Landau, Justus Henning Böhmer, JU, 2.506-508.
- Landau (2008):** Peter Landau, Gratian and the *Decretum Gratiani*, HMCL, 22-54.
- Lang (1989):** Wiesław Lang, Prawo i moralność, Warszawa.
- Langdell (1880):** Christopher Columbus Langdell, A Summary of the Law of Contracts, Boston.
- Lauchert (1898):** Jakob Lauchert, Windeck, Johann Paul, w: Allgemeine Deutsche Biographie 43.387-388.
- Lavenia (2003):** Vincenzo Lavenia, Martín de Azpilcueta (1492-1586). Un profilo, „Archivio italiano per la storia della pietà“ 16, 15-148.
- Le Bras (1960):** Gabriel Le Bras, Théologie et Droit Romain dans l'œuvre d'Henri de Suse, w: Etudes historiques à la mémoire de Noel Didier, red. G. Le Bras, Paris, 195-204.
- Lefebvre (1950):** Charles Lefebvre, Contribution a l'étude des origines et du développement de la «denunciatio evangelica» en droit canonique, „Ephemerides iuris canonici” 6(1), 60-93.
- Lefebvre (1952):** Charles Lefebvre, „Aequitas canonica” et „periculum animae” dans la doctrine de l'Hostiensis, „Ephemerides iuris canonici” 8(4), 305-321.
- Legendre (1964):** Pierre Legendre, La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254), Paris.
- Lesaffer (2000):** Randall Lesaffer, Medieval canon law and early modern treaty law, „Journal of the History of International Law” 2(2), 178-198.

Leveleux-Teixeira (2002): Corinne Leveleux-Teixeira, La référence à l'opinion commune dans la pensée romano-canonique (XIIIe-XVIe siècle), w: L'Europe à la recherche de son identité, red. C. Villain-Gandossi, Paris, 171-184.

Lewy (1924): Marceili Lewy, Swoboda umów i jej ograniczenia we francuskim kodeksie cywilnym z punktu widzenia społecznego, Warszawa.

Longchamps de Bériér (1930): Roman Longchamps de Bériér, Zasada wolności umów w projektach polskiego prawa o zobowiązaniach, w: Księga pamiątkowa ku czci Władysława Abrahama, tom 1, red. O. Balzer, L. Piniński et al., Lwów, 351-365.

Longchamps de Bériér (1934): Roman Longchamps de Bériér, Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu. Art. 1 – 167, Warszawa.

Longchamps de Bériér (2008): Franciszek Longchamps de Bériér, Wobec dekodyfikacji: tradycja romanistyczna i prawo kanoniczne, w: Studia historycznoprawne. Tom poświęcony pamięci prof. Edwarda Szymoszką (Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo 305), red. A. Konieczny, Wrocław, 179–188.

López-Jacoiste Díaz (2004): Eugenia López-Jacoiste Díaz, Johannes Voet, JU, 2.465-467.

Lück (1991): Heiner Lück, Ein Niederländer in Wittenberg: Der Jurist Matthäus Wesenbeck (1534-1586), „Jahrbuch des Zentrums für Niederlande-Studien” 2, 199-209.

Luig (2011): Klaus Luig, Heineccius – a German jurist in Franeker, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 79(2), 219-227.

Łętowska (2005): Ewa Łętowska, Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje, „Państwo i Prawo” 60(4), 3-10.

Łolik (2014): Marcin Łolik, Współczesne prawo kontraktów – wybrane zagadnienia, Warszawa.

Machnikowski (2005): Piotr Machnikowski, Swoboda umów według art. 353¹ kc. Konstrukcja prawna, Warszawa.

Machnikowski (2013): Piotr Machnikowski, w: System prawa prywatnego, t. 5: Prawo zobowiązań – część ogólna, red. E. Łętowska, Warszawa.

Macneil (2000): Ian R. Macneil, Relational Contract Theory: Challenges and Queries, „Northwestern University Law Review” 94(3), 877-907.

Maffei (1956): Domenico Maffei, Gli inizi dell'umanesimo giuridico, Milano.

Mańko (2013): Rafał Mańko, Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome, „Pólemos” 7(2), 207-233.

Markesinis (1978): Basil S. Markesinis, Cause and Consideration: A Study in Parallel, „Cambridge Law Journal” 37, 53-75.

Markovits (2004): Daniel Markovits, Contract and Collaboration, „The Yale Law Journal” 113(7), 1417-1518.

Markovits (2006): Daniel Markovits, Making and Keeping Contracts, „Virginia Law Review” 92(7), 1325-1374.

Markovits (2016): Daniel Markovits, Good Faith as Contract's Core Value, PFCL, 272-295.

Martínez-Torrón (1998): Javier Martínez-Torrón, Anglo-American Law and Canon Law: Canonical Roots of Common Law Tradition, Berlin.

Massironi (2012): Andrea Massironi, Nell'officina dell'interprete: la qualificazione del contratto nel diritto comune: secoli XIV-XVI, Milano.

McKendrick (2009): Ewan McKendrick, Contract Law, Basingstoke-New York.

- Meyer (1994):** Rudolf Meyer, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen.
- Meyer-Pritzl (2016):** Rudolf Meyer-Pritzl, *Pothier, Treatise on Obligations*, FTWLC, 288-291.
- Michaud-Quantin (1962):** Pierre Michaud-Quantin, *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen âge (XII–XVI siècles)*, Leuven.
- Mochi Onory (1951):** Sergio Mochi Onory, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato: imperium spirituale, iurisdictio divisa, sovranità*, Milano.
- Modéer (2016):** Kjell Åke Modéer, *Pufendorf, On the Law of Nature and of Nations*, FTWLC, 219-223.
- Molano (2004):** Eduardo Molano, *San Raimundo de Peñafort*, JU, 1.414-421.
- Morawski (2005):** Lech Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa.
- Mróz (2010):** Teresa Mróz, *Dekompozycja zasady swobody umów? Próba klasyfikacji i oceny niektórych czynników kształtujących tę zasadę*, w: *Ustawowe ograniczenia swobody umów. Zagadnienia wybrane*, red. B. Gnela, Warszawa, 39-52.
- Mugdan (1899):** Benno Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, t. 2: *Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil*, Berlin.
- Müller (1994):** Wolfgang P. Müller, *Huguccio: the Life, Works, and Thought of a Twelfth-Century Jurist*, Washington 1994.
- Munier (1957):** Charles Munier, *Les sources patristiques du droit de l'Eglise du VIIIe au XIIIe siècle*, Mulhouse.
- Munier (1965):** Charles Munier, *Droit canonique et droit romain d'après Gratien et les décrétistes*, w: *Etudes d'histoire du droit canonique, dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, 2.943-954.
- Murphy (2016):** Liam Murphy, *The Practice of Promise and Contract*, PFCL, 151-170.
- Naz (1954a):** Raoul Naz, *Pacte*, DDC 6, col. 1181-1184.
- Naz (1954b):** Raoul Naz, *Pirhing (Ernric)*, DDC 6, col. 1504.
- Naz (1965a):** Raoul Naz, *Reiffenstuel (Anaclet)*, DDC 7, col. 547-548.
- Naz (1965b):** Raoul Naz, *Tellez (Emmanuel-Gonzalez)*, DDC 7, col. 1170-1171.
- Nanz (1985):** Klaus-Peter Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München.
- Niedośpiał (2012):** Michał Niedośpiał, *Swoboda umów: synteza*, Warszawa.
- Núñez-Iglesias (2004):** Álvaro Núñez-Iglesias, *Arnold Vinnen*, JU, 2.352-354.
- O'Sullivan/Hilliard (2004):** Janet O'Sullivan, Jonathan Hilliard, *The Law of Contract*, Oxford.
- Ohanowicz (1926):** Alfred Ohanowicz, *Wolność umów w przyszłym polskim kodeksie cywilnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 3, CXLVII-CLVIII.
- Olejniczak (2014):** Adam Olejniczak, w: *Kodeks cywilny. Komentarz LEX*, t. 3: *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa.
- Osajda (2017):** Konrad Osajda, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3A: *Zobowiązania. Część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa.
- Osmola (2018):** Szymon Osmola, *Między obietnicą a umową: Granice zastosowania filozoficznego dyskursu o obietnicach w teorii prawa kontraktowego*, „Avant” 9(1), 111-128.
- Otaduy (2004):** Javier Otaduy, *Juan de Andrés*, JU, 1.499–506.

- Owens (2016):** David Owens, Does a Promise Transfer a Right?, PFCL, 78-95.
- Pawluk (1985):** Tadeusz Pawluk, Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II, Olsztyn.
- Pellegrini (2013):** Letizia Pellegrini, Niccolò da Osimo, DBI 78.
- Peltier (1950):** Henri Peltier, Vincent de Beauvais, DTC 15, część 2, col. 3026-3033.
- Penner (1996):** James Penner, Voluntary Obligations and the Scope of the Law of Contract, „Legal Theory” 2, 325-357.
- Penner (2016):** James Penner, Promises, Agreements, and Contracts, PFCL, 116-134.
- Pennington (1993):** Kenneth Pennington, Enrico da Susa, detto l’Ostiense (Hostiensis, Henricus de Segusio o Segusia), DBI 42.
- Pennington (2008a):** Kenneth Pennington, Decretal Collections 1190–1234, HMCL, 293-317.
- Pennington (2008b):** Kenneth Pennington, The Decretalists 1190 to 1234, HMCL, 211-246.
- Pennington/Müller (2008):** Kenneth Pennington, Wolfgang P. Müller, The Decretists: The Italian School, BMCL, 121-173.
- Pérez Álvarez (2004):** Miguel Ángel Pérez Álvarez, Jean Domat, JU, 2.408-412.
- Pérez Martín (2004a):** Antonio Pérez Martín, Juan de Ímola, JU, 1.542–544.
- Pérez Martín (2004b):** Antonio Pérez Martín, Lorenzo Hispano, JU, 1.410–11.
- Péter (2012):** Bónis Péter, A pacta sunt servanda elvének kialakítása a középkorban, „Jura” 2, 205-210.
- Pezzella (1977):** Sosio Pezzella, Carletti, Angelo, DBI 20.
- Pikulska-Robaszkiewicz (1999):** Anna Pikulska-Robaszkiewicz, Lichwa w państwie i prawie republikańskiego Rzymu, Łódź.
- Planiol (1928):** Marcel Planiol, O zobowiązaniach: dowody, nauka ogólna o zobowiązaniach, umowy, t. 3, tłum. A. Kramsztyk, M. Przedborski, Warszawa.
- Plohmann (1992):** Michael Plohmann, Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797). Naturrecht und positives Privatrecht am Ende des 18. Jahrhunderts, Berlin.
- Płaza (2001):** Stanisław Płaza, Historia prawa w Polsce na tle porównawczym, t. 3: Okres międzywojenny, Kraków.
- Podkowik (2015):** Jan Podkowik, Wolność umów i jej ograniczanie w świetle Konstytucji RP, Warszawa.
- Poldnikov (2016a):** Дмитрий Полдников, Формирование учения о договоре в правовой науке Западной Европы (XII– XVI вв.), Москва.
- Poldnikov (2016b):** Dmitry Poldnikov, Origins of General Concept of Contract in Western European Legal Science (12th through 16th Centuries), „Journal on European History of Law” 7(2), 53-59.
- Pollock (1902):** Frederick Pollock, Principles of Contract, London.
- Poole (2006):** Jill Poole, Textbook on Contract Law, Oxford.
- Popescu (2009):** Daniela Nicoleta Popescu, The Principle Pacta Sunt Servanda: Doctrine and Practice, „Lex ET Scientia International Journal” 16, 128-137.
- Portemer (1946):** Jean Portemer, Recherches sur les Differentiae juris civilis et canonici au temps du droit classique de l’Eglise, Paris.
- Potrzyszcz (2013):** Jadwiga Potrzyszcz, Bezpieczeństwo prawne: z perspektywy filozofii prawa, Lublin.

- Prévost (2015):** Xavier Prévost, Reassessing the Influence of Medieval Jurisprudence on Jacques Cujas' (1522–1590) Method, w: Reassessing Legal Humanism and its Claims: Petere Fontes?, red. P.J. du Plessis, J.W. Cairns, Edinburgh, 88-107.
- Pringsheim (1961):** Fritz Pringsheim, Aequitas und bona fides, w: *idem*, Gesammelte Abhandlungen, t. 1, Heidelberg, 154-172.
- Prosdocimi (1972):** Luigi Prosdocimi, Il diritto canonico di fronte al diritto secolare nell' Europa dei secoli XVI-XVIII, w: La formazione storica del diritto moderno in Europa: Atti del terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, red. B. Paradisi, Firenze, 431-446.
- Prutis (2018):** Stanisław Prutis, Instytucje podstawowe prawa prywatnego (w opozycji do regulacji prawa publicznego), Białystok.
- Puerto (2004):** Manuel Jesús Rodríguez Puerto, François Connan, JU, 2.183-185.
- Quaglioni (1994):** Diego Qualioni, Fagnani Boni, Prospero, DBI 44.
- Radwański (1977):** Zbigniew Radwański, Teoria umów, Warszawa.
- Radwański (1981):** Zbigniew Radwański, w: System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna, red. Z. Radwański, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź.
- Radwański/Olejniczak (2017):** Zbigniew Radwański, Adam Olejniczak, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa.
- Radwański/Olejniczak (2018):** Zbigniew Radwański, Adam Olejniczak, Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2018.
- Raz (1982):** Joseph Raz, Promises in Morality and Law, „Harvard Law Review” 95(4), 916-938.
- Raz (2016):** Joseph Raz, Is There a Reason to Keep a Promise?, PFCL, 58-77.
- Riccobono (1957):** Salvatore Riccobono, Stipulation and the Theory of Contract, tłum. J. Kerr Wylie, Amsterdam-Cape Town.
- Roberti (1935):** Melchiorre Roberti, L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi, w: Cristianesimo e diritto romano, red. M. Roberti et al., Milano, 85-116.
- Rosende (2004):** Cecilia Rosende, Daniel Nettelbladt, JU, 2.626-629.
- Roussier (1933):** Jules Roussier, Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église, Paris.
- Rudnicki (2018):** Jan Rudnicki, Dekodyfikacja prawa cywilnego w Polsce, Bielsko-Biała.
- Ruiz Gallardón (2004):** María Isabel Ruiz Gallardón, Samuel Pufendorf, JU, 2.424-429.
- Rütten (1982):** Wilhelm Rütten, Das zivilrechtliche Werk Justus Henning Böhmers: Ein Beitrag zur Methode des Usus modernus pandectarum, Tübingen.
- Sabw Kanyang (2000):** Jean-Anatole Sabw Kanyang, Episcopus et plebs: L'évêque et la communauté ecclésiale dans les conciles africains (345-525), Bern.
- Safjan (1993):** Marek Safjan, Zasada swobody umów (Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹), „Państwo i prawo” 4, 12-19.
- Savigny (1840):** Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin.
- Savigny (1853):** Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, t. 2, Berlin.
- Scherrer (1948):** Werner Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, Basel.
- Schnitzer (1975):** Helmut Schnitzer, Differentienliteratur zum kanonischen Recht. Eine unbekannte Literaturgattung als Beleg zur dialektischen Kraft des kanonischen Rechts in der

Privatrechtsentwicklung der Neuzeit, w: Walter Wilburg. Zum 70. Geburtstag. Festschrift, Graz, 335-353.

Schnitzer (1976): Helmut Schnitzer, Justus Henning Boehmer und seine Lehre von der media via zur Interpretation der kanonischen Quellen des gemeinsamen Rechts, ZRG KA 62, 383-393.

Schrage (1992): Eltjo J.H. Schrage, Utrumque ius: Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts, Berlin.

Schulte (1880): Johann Friedrich von Schulte, Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von der Mitte des 16. Jahrhunderts bis zur Gegenwart, t. 1: Das katholische Recht und die katholischen Schriftsteller, Stuttgart.

Schulze (2009): Renate Schulze, Justus Henning Böhmer und die Dissertationen seiner Schüler: Bausteine des Ius Ecclesiasticum Protestante, Tübingen.

Scigliano (2007): Fabio Scigliano, Spunti per una riconsiderazione del principio canonistico ex nudo pacto oritur actio, „Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche” 58(1), 123-155.

Scott/Leslie (1993): Robert E. Scott, Douglas E. Leslie, Contract Law and Theory, Charlottesville.

Seuffert (1881): Lothar Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, Nordlingen.

Shiffrin (2007): Seana Valentine Shiffrin, The Divergence of Contract and Promise, „Harvard Law Review” 120, 708-753.

Simpson (1975): Alfred William Brian Simpson, A History of Common Law of Contract: The Rise of Action of Assumpsit, Oxford.

Sinisi (2011): Lorenzo Sinisi, Le imprudenze di un grande canonista della prima metà del Seicento. Agostinho Barbosa e la Congregazione dell'Indice, w: Itinerari in comune. Ricerche di storia del diritto per Vito Piergiovanni, red. R. Braccia, R. Ferrante et al., Milano, 307-386.

Smith (2007): Stephen A. Smith, Contract Theory, Oxford.

Sobański (1992): Remigiusz Sobański, Teoria prawa kościelnego, Warszawa.

Sobański (2006): Remigiusz Sobański, Europa obojga praw, Katowice.

Sobański (2009): Remigiusz Sobański, Szkoły kanonistyczne, Warszawa.

Söllner (1977): Alfred Söllner, w: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, t. 2: Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts, część 1: Wissenschaft, red. H. Coing, München.

Sośniak (1985): Mieczysław Sośniak, Zasada swobody umów w prawie obligacyjnym z perspektywy schyłku XX wieku, „Studia Iuridica Silesiana” 10, 7-50.

Sośniak (1986): Mieczysław Sośniak, Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej, Katowice.

Sójka-Zielińska (1973): Katarzyna Sójka-Zielińska, Wielkie kodyfikacje cywilne XIX wieku, Warszawa.

Sójka-Zielińska (2008): Katarzyna Sójka-Zielińska, Kodeks Napoleona. Historia i współczesność, Warszawa.

Spies (1928): François Spies, De l'observation des simple conventions en droit canonique, Paris.

Stawarska-Rippel (2004): Anna Stawarska-Rippel, Kodeks zobowiązań w pierwszych latach Polski Ludowej, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 13(3), 697-716.

- Stawarska-Rippel (2012):** Anna Stawarska-Rippel, O prawie cywilnym w początkach Polski Ludowej uwag kilka, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 11, 185-199.
- Stec (2015):** Piotr Stec, Kodeks cywilny – między dekodyfikacją a rekodyfikacją, w: 50 lat kodeksu cywilnego. Perspektywy rekodyfikacji, red. P. Stec, M. Załucki, Warszawa, 25-44.
- Stelmach (2003):** Jerzy Stelmach, Kodeks argumentacyjny dla prawników, Kraków.
- Stelmach/Brożek (2006):** Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek, *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht.
- Stelmachowski (1984):** Andrzej Stelmachowski, Wstęp do teorii prawa cywilnego, Warszawa.
- Stintzig (1880-1884):** Roderich von Stintzig, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, t. 1-2, München-Leipzig.
- Stoljar (1975):** Samuel Jacob Stoljar, *A History of Contract at Common Law*, Canberra.
- Stout (2014):** Lynn A. Stout, Law and Prosocial Behavior, w: *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, red. E. Zamir, D. Teichman, Oxford, 195-212.
- Szuromi (2009):** Szabolcs Anzelm Szuromi, *Medieval Canon Law: Sources and Theory*, Budapest.
- Świergosz (2017):** Karol Świergosz, Dekodyfikacyjna rola kościelnych ustaw szczegółowych, w: *Dekodyfikacja prawa prywatnego. Szkice do portretu*, red. F. Longchamps de Bérier, Warszawa, 233-246.
- Taliadoros (2016):** Jason Taliadoros, Law, Theology, and the Schools: the Use of Scripture in Ricardus Anglicus’s *Distinctiones decretorum*, *Proceedings of the Fourteenth International Congress of Medieval Canon Law*, red. J. Goering et al., Città del Vaticano, 1045-1089.
- Tallon (2002):** Denis Tallon, w: *Contract Law*, red. H. Beale, A. Harkamp, H. Kötz, D. Tallon, Oxford-Portland.
- Tanaka (1993):** Minoru Tanaka, Bemerkungen zu J.G. Heineccius (1681 – 1741) als Privatrechtsdogmatiker, „*Nanzan Hogaku*” 16(3-4), 398-323 (=Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia – Ius – Studium, red. A. García y García, P. Weimar, Goldbach 1995, 3.543-618).
- Tavuzzi (1997):** Michael Tavuzzi, Prierias: The Life and Works of Silvestro Mazzolini da Prierio, 1456-1527, Durham.
- Teetaert (1931):** Amadeus Teetaert, Nicolas d’Osimo, *DTC* 11, część 1, col. 628-631.
- Tejero (2004a):** Eloy Tejero, Gofredo de Trani, *JU*, 1.405–7.
- Tejero (2004b):** Eloy Tejero, Martín de Azpilcueta, *JU*, 2.150-155.
- Tejero (2004c):** Eloy Tejero, Nicolás de Tudeschis (o Tedeschis; Panormitano), *JU*, 1.546–548.
- Thieme (1953):** Hans Thieme, Natürliches Privatrecht und Spätscholastik, *ZRG GA* 70, 230-266.
- Thier (2011):** Andreas Thier, Klassische Kanonistik und kontraktualistische Tradition, w: *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, t. 2: Öffentliches Recht, red. O. Condorelli et al., Köln, 61-80.
- Thompson (1969):** Edward Arthur Thompson, *The Goths in Spain*, Oxford.
- Till (1923):** Ernest Till, *Polskie prawo zobowiązań: (część ogólna): projekt wstępny z motywami*, Lwów.
- Tomasi/Zendri (2007):** Franco Tomasi, Chrisitan Zendri, Mantova Benavides, Marco, *DBI* 69.

Troje (1970a): Hans Erich Troje, Arbeitshypothesen Zum Thema „Humanistische Jurisprudenz“, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 38, 519-563.

Troje (1970b): Hans Erich Troje, Die europäische Rechtsliteratur unter dem Einfluß des Humanismus, „Ius Commune” 3, 33-63.

Trzaskowski (2005): Roman Trzaskowski, Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c., Zakamycze.

Ubiña (2013): José Fernández Ubiña, The Donatists Conflict as Seen by Constantine and the Bishops, w: The Role of Bishop in Late Antiquity: Conflict and Compromise, red. A. Fear et al., London, 31-46.

Uruszczak (2012): Waław Uruszczak, Znaczenie średniowiecznej kanonistyki dla prawa zobowiązań, w: Ex contractu, ex delicto. Z dziejów prawa zobowiązań, red. M. Mięka, K. Stolarski, Kraków, 15-21 (=idem, Opera historico-iuridica selecta. Prawo kanoniczne – nauka prawa – prawo wyznaniowe, Kraków 2017, 453-460).

Vaccari (1940): Pietro Vaccari, Pactum vestitur contractus cohaerentia. La concezione dei patti aggiunti nella dottrina dei glossatori, w: Conferenze romanistiche tenute nella R. Università di Pavia nell'anno 1939 a ricordo di Guglielmo Castelli, Milano, 217-239 (=idem, Scritti di storia del diritto privato, Padova 1956, 233-54).

van den Bergh (2002): Govaert C. J. J. van den Bergh, Die holländische elegante Schule: Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden 1500-1800, Frankfurt am Main.

van Hove (1945): Alphonse van Hove, Prolegomena ad Codicem iuris canonici, Mechliniae-Romae.

van Ittersum (2015): Martine J. van Ittersum, The Working Methods of Hugo Grotius: Which Sources Did He Use and How Did He Use Them in His Early Writings on Natural Law Theory?, w: Reassessing Legal Humanism and its Claims: Petere Fontes?, red. P.J. du Plessis, J.W. Cairns, Edinburgh, 154-193.

Varela (2004): Esteban Varela, Jaques Cujas, JU, 2.221-225.

Viejo-Ximénez (2004a): José Viejo-Ximénez, Guillermo Durando, JU, 1.472-474.

Viejo-Ximénez (2004b): José Viejo-Ximénez, Paucapalea, JU, 1.319-323.

Vinogradoff (1908): Paul Vinogradoff, Reason and Conscience in Sixteenth-Century Jurisprudence, „The Law Quarterly Review” 24, 373-384.

Vogenauer (2009): Stefan Vogenauer, The Avant-projet de réforme: An Overview, w: Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (‘the Avant-projet Catala’), red. J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, Oxford-Portland, 3-28.

Volante (2001): Raffaele Volante, Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo: glossatori e ultramontani, Milano.

Voppel (1996): Reinhard Voppel, Der Einfluß des Naturrechts auf den Usus modernus, Eine Untersuchung anhand der Literatur zum geltenden Recht im 17. und 18. Jahrhundert, Köln-Berlin-Bonn-München.

Waelkens (2015): Laurent Waelkens, Amne Adverso: Roman Legal Heritage in European Culture, tłum. L. Leys, Leuven.

Wardemann (2007): Wardemann Patricia, Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741): Leben und Werk, Frankfurt am Main.

Webb (2016): Charlie Webb, Contract as Fact and as Reason, PFCL, 135-150.

- Wehberg (1959):** Hans Wehberg, *Pacta Sunt Servanda*, „American Journal of International Law” 53/4, 775-786.
- Weigand (2008):** Rudolf Weigand, *The Development of the Glossa ordinaria to Gratian’s Decretum*, HMCL, 55-97.
- Wesener (1984):** Gunter Wesener, *Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB*, „Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte” 6, 113-131.
- Wesener (2014):** Gunter Wesener, *Ius Romano-Germanicum – zur Rechtsquellenlehre des Usus modernus pandectarum*, „Fundamina” 20(2), 1031-1041.
- Wieacker (1972):** Franz Wieacker, *Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung*, w: *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Atti dell’incontro di studio* (Firenze, 16-19 ottobre 1972), red. P. Grossi, Milano, 223-239.
- Wieacker (1974):** Franz Wieacker, *Die vertragliche Obligation bei den Klassiker des Vernunftrecht*, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, red. G. Stratenwerth et al., Berlin-New York, 7-22.
- Wieacker (2003):** Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe: with Particular Reference to Germany*, tłum. T. Weir, Oxford.
- Wijffels (2016):** Alan Wijffels, *Grotius, On the Law of War and Peace*, FTWLC, 173-177.
- Williams (2017):** Ian Williams, *Christopher St German: religion, conscience and law*, w: *Great Christian Jurists in English History*, red. M. Hill, R.H. Helmholz, Cambridge, 69-92.
- Windscheid (1887):** Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main.
- Wiśniewski (2011):** Tadeusz Wiśniewski, w: *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, red. M. Stańczak, Warszawa.
- Wojciechowski (2004a):** Rafał Wojciechowski, *O pojęciu pandektystyki*, w: *Studia historycznoprawne* (Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo 290), red. A. Konieczny, Wrocław, 25-38.
- Wojciechowski (2004b):** Rafał Wojciechowski, *Z dziejów renesansowego humanizmu prawniczego*, w: *Studia historycznoprawne. Tom dedykowany profesorowi doktorowi Alfredowi Koniecznemu* (Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo 288), red. K. Orzechowski, Wrocław, 91-102.
- Wojciechowski (2008):** Rafał Wojciechowski, *Kanonistyczne podstawy zasady swobody umów*, w: *Prawo wyznaniowe. Przeszłość i teraźniejszość. Materiały XI Konferencji historyków państwa i prawa*, Kowary, 6-8 września 2007 r., red. J. Koredczuk, Wrocław, 135-145.
- Wojciechowski (2009):** Rafał Wojciechowski, *Bernhard Windscheid (1817-1892)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 18(3), 593-619.
- Wojciechowski (2017):** Rafał Wojciechowski, *Lex mercatoria jako czynnik regulacji gospodarki w późnym średniowieczu*, w: *Regulacje prawne gospodarki w rozwoju historycznym*, red. A. Szymańska, Wrocław, 45-59.
- Wolska-Conus (1979):** Wanda Wolska-Conus, *L'ecole de droit et l'enseignement du droit a Byzance au XI^e siècle: Xiphilin et Psellos*, „Travaux et Memoires” 7, 1-107.
- Wolter (1960):** Aleksander Wolter, *Czy art. 55 kod. zob. obowiązuje?*, „Nowe prawo” 16(10), 1335-1339.
- Wolter (1975):** Udo Wolter, *Ius Canonicum in Iure Civili: Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte*, Köln-Wien.

- Zalewski (2016):** Bartosz Zalewski, Pactum, w: Leksykon tradycji rzymskiego prawa prywatnego, red. A. Debiński, M. Jońca, Warszawa, 266-267.
- Zhang (2007):** Lihong Zhang, Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone, Milano.
- Zimmermann (1991-1992):** Reinhard Zimmermann, Roman-Dutch Jurisprudence and Its Contribution to European Private Law, „Tulane Law Review” 66, 1685-1721.
- Zimmermann (1994):** Reinhard Zimmermann, Civil code or civil law? – towards a new European private law, „Syracuse Journal of International Law and Commerce” 20, 217-226.
- Zimmermann (1996):** Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford.
- Zimmermann (2007):** Reinhard Zimmermann, Roman law and European culture, „New Zealand Law Review” 2, 341-372.
- Zimmermann (2010):** Reinhard Zimmermann, The new German law of obligations: historical and comparative perspectives, Oxford-New York.
- Zonta (1915):** Gasparo Zonta, Francesco Zabarella (1360–1417), Padova.
- Zweigert/Kötz (1998):** Konrad Zweigert, Hein Kötz, Introduction to Comparative Law, tłum. J.A. Weir, Oxford-New York.
- Żuławska (1994):** Czesława Żuławska, Wokół zasady wolności umów (art. 353¹ k.c. i wykładnia zwyczaju), Studia historycznoprawne (Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo 238), 173-186.